

DES
APPORTS EN NATURE
dans les
Sociétés par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 20 Février 1903, à 3 heures 1/2

PAR

René LEGROS

AVOCAT

Jury d'examen { MM. DANJON, professeur, président ;
DEBRAY, professeur ;
ASTOUL, professeur.

NANTES

R. GUIST'HAU, A. DUGAS, Succr, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

5. QUAI CASSARD, 5

1903

DES
APPORTS EN NATURE
dans les
Sociétés par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 20 Février 1903, à 3 heures 1/2

PAR

René LEGROS

AVOCAT

Jury d'examen

MM. DANJON, *professeur, président* ;
DEBRAY, *professeur* ;
ASTOUL, *professeur*.



NANTES

R. GUISTHAU, A. DUGAS, Succ^r, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

5. QUAI CASSARD, 5

1903

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

Année Scolaire 1902-1903

DOYEN

M. EDMOND VILLEY (*, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS

MM. DANJON (I. ☉), assesseur du doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

EDMOND VILLEY (*, I. ☉), professeur d'*Economie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (☿, A. ☉), professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (*, I. ☉ C. ✚, G. O. ✚, C. I. C. ✚, O. ✚, L. ✚), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil*, ancien Ministre de la Justice.

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé* et de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY (A. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR, professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, professeur de *Droit romain*, chargé du cours de *Pandectes*.

AGRÉGÉS

MM. DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français*, d'*Histoire du Droit public français* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

ALLIX, chargé des cours d'*Économie politique* (Doctorat) et d'*Histoire des Doctrines économiques*.

SECRÉTAIRE

M. GILLET (I. ☉), secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

I. — Préliminaires

Quand deux ou plusieurs personnes se réunissent pour former une société, chacun des futurs associés, et c'est là une condition indispensable, doit faire un apport, afin de constituer le fonds commun. Cet apport peut consister soit en argent, soit en choses quelconques ; à cet égard l'article 1833 du Code civil laisse aux associés toute la latitude possible, et, comme le faisait remarquer le rapporteur de la loi du 17 juillet 1856, M. Langlais, « c'est là une sphère immense ; elle comprend non seulement toutes les choses matérielles, mais encore les facultés intelligentes de l'homme, les inventions de son esprit, le travail de ses mains. »

En effet, le capital social ne se compose pas uniquement de numéraire : souvent il entre dans sa composition des apports très différents. Dans les sociétés de capitaux par excellence, comme le sont les sociétés par actions, une usine, un fonds de commerce, un brevet d'invention, le travail ou le talent d'un homme sont aussi utiles que les

fonds de roulement. Ce sont toutes ces choses, où l'argent n'occupe aucune place, qui mises en commun portent le nom générique d'*apports en nature*. La loi les a soumises à des règles spéciales pour certaines catégories de sociétés.

Dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, il est rare que des erreurs ou des fraudes sérieuses se rencontrent pour l'évaluation de tels apports : en effet, ces sociétés comprennent d'ordinaire un nombre restreint d'associés, tous prennent part aux réunions qui précèdent la constitution, et participent d'une façon plus ou moins directe à la rédaction de l'acte social. Soit par eux-mêmes, soit par les conseils de personnes compétentes, il leur est facile de s'assurer de la réalité des apports en nature et d'en vérifier la valeur.

Bien différente est la situation des associés dans les sociétés en commandite par actions ou dans les sociétés anonymes. Ici le nombre des actionnaires est très grand, et leur personne disparaît ; seul le capital que chacun d'eux a versé est en jeu, et seul il intéresse la société. L'acte social, où sont indiqués les apports et stipulés les avantages que le gérant ou les fondateurs s'attribueront, est l'œuvre de quelques initiés ; le grand public n'entre en scène que pour verser ses fonds le jour de l'émission. Et même si l'acte social était soumis aux futurs actionnaires, la souscription de ceux-ci serait-elle pour cela plus raisonnée ? La masse des petits capitalistes, où toutes les classes sont réparties, se rendrait-elle un compte plus exact des risques auxquels elle s'expose ? Il est probable que non. Mais les associés n'ont même pas cette garantie, et la plupart du temps les souscriptions se réalisent sur la vue de prospectus

où l'on fait habilement ressortir l'importance des apports, en laissant dans l'ombre les inconvénients qu'ils peuvent présenter. Les actionnaires n'ont ni les moyens, ni le temps de faire les vérifications nécessaires pour verser leurs fonds en pleine connaissance de cause.

Il était nécessaire d'apporter un remède à cette situation, et la loi, dans une certaine mesure, y a pourvu. Ce que les actionnaires ne peuvent faire isolément, elle veut qu'ils le fassent en commun, et que des assemblées générales viennent approuver les apports en nature et les avantages particuliers.

Les prescriptions spéciales des lois sur les sociétés feront l'objet de cette étude. Mais, avant d'aborder la législation actuelle, il est intéressant de jeter un rapide coup d'œil historique sur l'origine et le développement des sociétés par actions.

II. — Notions Historiques

Il est impossible de déterminer avec précision, en remontant le cours des âges, à quelle époque et dans quel pays l'action apparut, pour la première fois du moins, avec des caractères se rapprochant de ceux qu'elle a actuellement. Un éminent auteur (1) a voulu faire remonter ses origines au moyen-âge, mais il est douteux que l'on puisse trouver dans les pratiques de cette époque la véritable source de l'action. On y rencontre seulement le *contrat*

(1) TROPLONG. Préface du Traité des Sociétés.

de *pacotille*, convention par laquelle une personne confiait à une autre, qui se rendait à une foire ou un marché, des marchandises pour vendre ou échanger. Si celle-ci réalisait des bénéfices, ils étaient partagés dans la proportion convenue entre les contractants ; si au contraire elle faisait une perte, celui qui avait confié les marchandises n'en était responsable que jusqu'à concurrence de leur valeur.

Mais c'est surtout en Italie que l'on trouve des contrats se rapprochant de la *commandite*.

Il est certain qu'au temps où les républiques italiennes étaient florissantes, il existait à Florence, à Gênes, à Rome, et dans la plupart des grandes villes de l'Italie, de grandes associations pour le commerce maritime, la banque, la ferme des impôts ; mais leur forme était loin de ressembler à celle de la *commandite* moderne, à laquelle on a voulu les comparer. C'était plutôt une simple participation, sans raison sociale, dans laquelle le gérant (*complimentaire*) agissait en son nom personnel. Ceux qu'on appelle aujourd'hui les *commanditaires*, inconnus du public, étaient des participants plutôt que des associés. Au *xv^e* et au *xvi^e* siècles, une grande controverse s'éleva pour déterminer leur véritable position vis-à-vis des tiers qui avaient traité avec le gérant (1) et savoir jusqu'à quel point ils étaient engagés. Les partisans du système qui l'emporta soutenaient qu'ils l'étaient seulement jusqu'à concurrence de leur mise. Mais il est difficile cependant de considérer celle-ci comme une action négociable.

(1) TROPLONG, *loc. cit.*

L'action apparaît véritablement en Europe au commencement du ^{xvii}e siècle. En 1602 les États-Généraux des Pays-Bas approuvent les statuts de la Compagnie des Indes Orientales, et, en 1613, la Compagnie anglaise du même nom est fondée sur le même modèle. Les commerçants, n'étant ni assez riches ni assez courageux pour se lancer seuls dans le commerce avec les pays d'outre-mer, fondèrent des sociétés pour réunir des capitaux et partager les risques et les bénéfices. Ces associations prirent en Angleterre différents noms : il y eut les *Regulated companies*, chargées de protéger leurs membres contre la concurrence étrangère et de leur assurer la sécurité nécessaire au commerce, car la protection de l'État faisait alors défaut dans les pays d'outre-mer, et les *Joint Stock Companies*, véritables sociétés par actions. Celles-ci étaient de deux sortes : *limited* et *unlimited* ; dans les premières la responsabilité des associés était limitée à leur mise par une charte du roi ou un acte du Parlement, seuls capables de produire un semblable résultat. Les capitaux de ceux qu'effrayait une responsabilité indéfinie et solidaire allèrent à ces sortes de sociétés, dont le capital social représentait parfois des sommes très importantes : celui de la *South sea Company*, par exemple, s'élevait à 338 millions de livres sterling (8.450 millions de francs). Beaucoup firent de mauvaises affaires, le gouvernement anglais s'émut et de nombreuses lois réglementèrent les sociétés par actions.

En France, de grandes compagnies de colonisation et de commerce maritime se fondèrent, au début du ^{xvii}e siècle, sous l'impulsion du génie entreprenant de Richelieu, pour lutter contre l'influence hollandaise dans les îles de l'Amé-

rique. Puis vint Colbert, qui leur donna un nouvel élan en faisant rendre par Louis XIV des édits de non-dérogeance, et en recrutant des actionnaires parmi les grands seigneurs et les magistrats. La Compagnie des Indes Orientales et celle des Indes Occidentales furent fondées en 1664, ensuite celles du Nord et du Levant, celle des Assurances en 1686, celle du Sénégal en 1696, etc. Dans les premières années du XVIII^e siècle, apparut la Compagnie de la Louisiane, qui devint, en 1717, la Compagnie d'Occident, puis la Compagnie des Indes, et se fondit dans la trop fameuse Banque Royale de Law.

C'est sans doute à l'aide de l'action industrielle qu'on avait pu réunir des capitaux et former ces immenses entreprises. Ces sociétés ressemblaient beaucoup plus aux sociétés anonymes actuelles qu'aux commandites par actions, quoique le nom de sociétés *anonymes* fût réservé aux participations, à cause de leur existence occulte et *sans nom* social : on les appelait *compagnies par actions*. Elles n'étaient régies par aucune loi et se trouvaient sous la dépendance absolue du gouvernement. Des ordonnances royales donnaient l'autorisation nécessaire pour les créer, et réglaient en même temps le fonctionnement de la société, les droits et les devoirs des actionnaires entre eux et vis-à-vis des tiers, accordant à chacune d'elles des monopoles ou privilèges importants. L'ordonnance de concession, spéciale à chaque société, formait son Code particulier. Les *compagnies par actions* étaient donc hors du droit commun, aussi l'ordonnance de 1673 sur le commerce ne les concerné nullement. Les sociétés en commandite, qui jusqu'alors s'étaient à peu près confon-

dues avec les participations, connues sous le nom de sociétés anonymes, et qui n'étaient pas considérées comme des sociétés proprement dites, y sont seules nommées, à côté des sociétés générales (en nom collectif) et sont l'objet de quelques dispositions expresses : elles commencent alors à avoir une existence à part, et à former une espèce particulière d'association, soumise à des règles spéciales.

L'action est donc encore, à cette époque, chose exceptionnelle. Quand elle est admise, ce n'est que sous l'œil du gouvernement, qui réglemente les conditions de son émission.

La Révolution survint : avant d'arriver à la refonte de la législation qui régissait les sociétés, il faut signaler l'œuvre de destruction de la Convention. Le 24 août 1793, un décret supprima « les associations connues sous les noms de Caisse d'Escompte, de Compagnies d'Assurances à vie, et généralement toutes celles dont le fonds capital reposait sur des actions au porteur, ou sur des effets négociables, ou des inscriptions sur un livre, transmissibles à volonté, » et défendit d'en établir de semblables sans l'autorisation des Corps Législatifs. Le 17 vendémiaire an II, un autre décret, supprimant toutes les compagnies financières et défendant d'en fonder d'autres, interdit à la Compagnie des Indes d'expédier aucun vaisseau pour le commerce des Indes et à toutes sociétés de négociants français de prendre à l'avenir le titre de la célèbre Compagnie. Ce décret fut adouci par un autre, du 1^{er}-4 pluviôse an II, déclarant que la suppression ne s'appliquait pas aux sociétés particulières ayant pour but la construction des canaux, l'exploitation

des mines, le défrichement des marais ou autres établissements d'utilité publique, mais soumettant toutes les actions au droit d'enregistrement. Enfin, un nouveau décret des 26-29 germinal an II déclara faux et supposé celui du 17 vendémiaire, et le remplaça par un nouveau qui supprimait également, mais avec un nouveau texte, les compagnies financières.

Cette suppression ne dura pas longtemps, et deux ans s'étaient à peine écoulés que ce dernier décret était abrogé purement et simplement par la loi du 30 brumaire an IV.

Des sociétés anonymes se formèrent à cette époque sur le modèle des anciennes Compagnies supprimées, mais à chaque instant des difficultés entravaient leur essor. Les tribunaux, en l'absence d'une loi spéciale, ne pouvaient juger que d'après les principes généraux des sociétés, et les associés ne profitaient pas de tous les avantages qu'ils auraient pu trouver dans l'association.

Le Code civil devait traiter du contrat de société, qui fait essentiellement partie de son domaine, mais il ne règle pas les sociétés commerciales, qui rentrent dans le cadre du Code de commerce. Au moment où l'on s'occupait de la rédaction de ce Code, les *Compagnies par actions* formaient une classe à part à côté des commandites, auxquelles on déniait le droit d'émettre des actions. Le projet primitif contenait même un article 20, ainsi conçu : « *La Compagnie par actions est anonyme.* » Mais les tribunaux ayant été consultés, des réclamations s'élevèrent, et sans aucun débat sérieux la division en actions du capital des commandites fut acceptée (art. 38 C. com.). Cette innovation grave, introduite si facilement dans le Code, où elle ne laissait

pas que d'être un peu en contradiction avec les articles 23 (1) et 43 (2), devait d'ailleurs soulever plus tard de sérieuses difficultés. Malgré les termes précis de l'article 38, elle ne fut admise entièrement qu'après de vives résistances : on prétendait restreindre la commandite à l'usage des actions nominatives, et c'est à cette occasion qu'eut lieu vers 1828 un débat de jurisprudence resté célèbre. Les tribunaux durent céder devant l'autorité du texte, et l'action au porteur put enfin s'introduire dans la commandite. Cette jurisprudence fut définitivement consacrée par la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions (3).

Le Code admet trois sortes de sociétés : en nom collectif, en commandite, et anonyme. La commandite est définie et ses effets déterminés avec une certaine précision. Quant à la société anonyme, ce n'est plus celle qu'on désignait sous ce nom dans l'ancien droit, c'est-à-dire la participation : c'est celle qui se compose d'actionnaires irresponsables, comme les grandes Compagnies de l'ancien régime supprimées par la Convention. Le projet les soumettait à la loi commune, et subordonnait seulement leur fondation à l'autorisation du Gouvernement. Après de nombreuses discussions, qui portèrent notamment sur la classification des sociétés, sur l'autorisation à laquelle on soumettait les

(1) « La Société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et *un ou plusieurs* associés simples bailleurs de fonds. »

(2) L'extrait doit contenir : « le montant des valeurs fournies ou à fournir *par actions ou en commandite*. »

(3) VAVASSEUR. *Traité des Sociétés civiles et commerciales*. Introduction, VI.

seules sociétés anonymes, sur le mode de preuve qui devait être admis pour établir l'existence de la société entre les associés ou à l'égard des tiers, et sur l'arbitrage forcé auquel le projet soumettait les contestations entre associés, la rédaction définitive fut adoptée par le Conseil d'Etat, le 26 février 1807. La communication officielle au Tribunat provoqua des observations qui firent modifier cette rédaction, et le 10 septembre le Corps législatif adopta le projet, qui fut promulgué le 20 septembre 1807.

Depuis cette époque, la législation relative aux sociétés a été interprétée, complétée ou modifiée par divers actes législatifs. Signalons en passant un règlement du Ministre de l'Intérieur, du 21 décembre 1807, déterminant la forme dans laquelle l'autorisation devait être donnée aux sociétés anonymes, et un avis du Conseil d'Etat des 29 avril-17 mai 1809, décidant que les commanditaires pourraient faire avec la maison commanditée des transactions étrangères à la gestion. Un décret du 12 février 1814, rendu par l'impératrice Marie-Louise pendant sa courte régence, complète les mesures de publicité des sociétés en ordonnant l'insertion dans les journaux d'un extrait de l'acte social. Ce décret fut déclaré nul, comme excédant les pouvoirs confiés à la régente par les lettres patentes du 12 février 1824, par un arrêt de Nancy, du 29 décembre 1830, confirmé le 13 mars 1832 par un arrêt de la Cour de Cassation, rendu, toutes Chambres réunies, conformément aux conclusions du procureur général Dupin. Mais les mesures prescrites par ce décret étant excellentes, une loi du 31 mars-6 avril 1833 ordonna des insertions dans les journaux pour accroître la publicité.

Toute cette réglementation protégeait assez mal les actionnaires contre les fondateurs et les spéculateurs malhonnêtes. Aucune règle ne concernait les apports en nature. La commandite par actions, telle qu'elle était organisée par le Code de commerce, offrait à l'industrie des ressources puissantes, mais ouvrait en même temps à la fraude une voie trop facile. On recourut à cette forme, non à cause des avantages qu'elle présente par rapport à la société anonyme, mais à cause de la gêne qu'imposait la nécessité d'obtenir l'autorisation du Gouvernement. Elle fut adoptée par ceux qui voulaient entreprendre des affaires véreuses et tromper les actionnaires ou les tiers. On vit des sociétés se former chaque jour pour les usages les plus divers et les prospectus séduisants se répandre à profusion. L'argent affluait bientôt, mais l'illusion était de courte durée et les souscripteurs ne tardaient pas à s'apercevoir qu'ils avaient été dupes. Quelques scandales retentissants émurent la conscience publique, et l'opinion fut agitée profondément par les brochures et les journaux. En 1838 le mal avait fait de tels progrès que le Gouvernement résolut d'y porter énergiquement remède. Une loi fut présentée qui supprimait radicalement les commandites par actions. Après une étude approfondie, une commission nommée par la Chambre des Députés déposa un rapport où, tout en repoussant ce système trop absolu, elle présentait un ensemble de règles tendant à réprimer les fraudes et les abus, notamment par la prohibition des actions au porteur. Mais la session s'acheyait, la discussion ne put avoir lieu, et pendant la session suivante d'autres objets attirèrent l'attention ; le projet de loi fut oubliée. D'ailleurs le public, éclairé par le désastre de

certaines sociétés et les scandales de certains débats judiciaires, devint plus prudent.

Quelques années plus tard, l'agitation politique vint entraver en France les progrès du commerce et de l'industrie, dont l'expansion ne reprit qu'après le rétablissement complet de l'ordre. Les annonces de sociétés reparurent alors, publiant les plus étranges entreprises, et, l'expérience du temps passé ne suffisant pas à arrêter les déplorables effets de ces manœuvres, le Gouvernement présenta un nouveau projet, qui devint la loi du 17 juillet 1856.

Cette loi ne réglementait que les commandites par actions. L'art. 4 prévoit le cas où l'un des associés fait un apport en nature ou stipule des avantages particuliers : l'assemblée générale des actionnaires est alors chargée d'en faire vérifier et apprécier la valeur. Dans une réunion postérieure les associés donnent leur approbation : la majorité, calculée sur le nombre des actionnaires présents, doit comprendre le quart des actionnaires, et représenter le quart du capital social en numéraire. L'article 7 édicte la responsabilité solidaire des fondateurs qui ont fait un apport en nature, ou au profit desquels a été stipulé un avantage particulier.

Ces dispositions se retrouvent, avec quelques modifications, dans la loi du 24 juillet 1867. Nous ne ferons que les indiquer ici.

Mais la loi de 1856 ne s'appliquait qu'aux commandites par actions. Les sociétés anonymes restaient soumises au Code de commerce, qui s'était borné à poser les conditions fondamentales de leur constitution. Le 23 mai 1863, une loi nouvelle, en créant les sociétés à responsabilité limitée, dont le capital pouvait atteindre vingt millions, leur donna

un premier élan, en les dispensant de l'autorisation exigée par l'art. 37 du Code de commerce, mais institua, comme pour servir de contrepoids à la liberté concédée, diverses règles, empruntées en partie à la loi du 17 juillet 1856, sur la constitution et le fonctionnement de ces sociétés. Les apports en nature y furent soumis, comme dans les commandites par actions, à l'appréciation d'une première assemblée et à l'approbation d'une seconde.

Le besoin d'une législation plus complète et plus uniforme pour les deux grandes classes de sociétés par actions se faisait vivement sentir : il donna bientôt naissance à la loi du 24 juillet 1867, qui, absorbant celle de 1856 et abrogeant celle de 1863, conserve, en les modifiant un peu, les règles établies par celles-ci.

Enfin, la loi du 1^{er} août 1893, réalisant quelques réformes partielles urgentes, préliminaire de celles qui doivent résulter d'une refonte complète de la législation des sociétés, édicte quelques nouvelles règles relatives aux actions d'apport.

C'est sur ces deux dernières lois que repose le régime actuel des apports en nature.

III. — Plan général

Au cours de cette étude, nous examinerons les règles concernant les apports en nature, depuis le moment où les fondateurs se réunissent pour jeter les premières bases d'une société par actions jusqu'au moment où cette société, régulièrement constituée, a commencé le cours de ses opérations. Dans ce but, nous suivrons la marche tracée par les lois du 24 juillet 1867 et du 1^{er} août 1893 pour la constitution des sociétés où se rencontrent ces sortes d'apports.

Nous diviserons notre travail en trois parties, forcément inégales :

Dans la première, nous étudierons les cas donnant lieu à l'observation de règles spéciales, et les différentes causes qui obligent à s'y conformer. En distinguant les différentes sortes d'apports, nous déterminerons d'abord ce que l'on entend par *apports en nature*. Puis nous dirons un mot des *avantages particuliers*, soumis à des formalités semblables, et nous terminerons par un chapitre consacré à des titres aujourd'hui fort répandus, et se rattachant à notre sujet parce qu'ils servent souvent à rémunérer certains apports en nature, et sont pour ce motif soumis à une partie des règles spéciales à ceux-ci : ce sont les *parts de fondateurs*.

Dans la seconde partie, nous verrons l'application de ces règles à la formation de la société, et les différentes phases par lesquelles celle-ci passe, quand elle se trouve dans les cas que nous venons d'indiquer, avant d'être régulièrement constituée. Après avoir examiné successivement les formalités requises pour cette constitution et la manière dont on les remplit, nous verrons quelles sanctions la loi a attachées à leur inobservation.

Enfin, dans la troisième partie, nous traiterons des règles spéciales auxquelles restent soumis les apports en nature, après la constitution et pendant les premiers temps de l'existence de la société. La loi apporte des restrictions aux droits des propriétaires de certains titres représentant des apports en nature : nous examinerons quel est le caractère de ces restrictions, à quels titres elles s'appliquent, et quelle en est l'étendue.

PREMIÈRE PARTIE

**Cas donnant lieu à l'observation des règles
spéciales aux apports en nature dans les
Sociétés par actions.**

CHAPITRE PREMIER

Différentes sortes d'apports

§ I. — QUELLES CHOSES PEUVENT EN FAIRE L'OBJET

La loi ne précise pas les choses qui peuvent faire l'objet d'un apport, et laisse à cet égard aux associés une liberté absolue. Tout ce qui est dans le commerce pourra donc constituer un apport, et les actionnaires pourront comprendre sous ce nom aussi bien des choses incorporelles que des choses corporelles, et leurs droits de créance ou leur industrie aussi bien que de l'argent comptant.

On peut donc distinguer les apports en deux grandes catégories : apports en argent et apports en nature.

Les premiers, dont nous n'avons pas à nous occuper, sont les plus fréquents et les plus simples : ils ne soulèvent aucune difficulté dans leur appréciation. Il n'en est pas de même des autres. Les apports en nature peuvent com-

prendre des choses si variées et si différentes qu'il est difficile de les réunir dans une définition positive suffisamment complète ; aussi la meilleure définition que l'on puisse en donner est-elle une définition négative : ce sont *tous ceux qui ne consistent pas en numéraire*, et évidemment au numéraire, il faut assimiler les billets de banque, chèques, bons du Trésor payables à vue, etc., qui, en pratique, sont considérés comme équivalents à la monnaie.

Ces sortes d'apports sont indispensables. Prenons en effet un propriétaire d'usine, ou un inventeur propriétaire d'un brevet, et supposons que, pour exploiter leur industrie ou leur invention, qui souvent constitue leur seule fortune, ils veuillent former une société. L'un et l'autre s'associeront avec des capitalistes qui possèdent précisément cet argent qui leur manque, et par l'acte constitutif même ils céderont à la société leur usine ou leur brevet pour un prix consistant en actions. D'ailleurs, dans les sociétés de capitaux, comme le sont les sociétés par actions, une usine, un brevet, voire même le talent d'un associé, en un mot tout ce qui peut produire des bénéfices, constitue un apport utile. La société se trouve ainsi en possession de choses dont elle a besoin et qu'il lui faudrait acheter, et les associés qui n'ont pas d'argent, ou qui aiment mieux faire leur apport autrement qu'en numéraire, s'acquittent ainsi de leur obligation de fournir leur part au fonds commun.

Les apports en nature doivent être sérieux, et, de plus, étant appelés à procurer à ceux qui les font un droit de même nature que celui des autres associés, ils doivent être, comme les apports de ceux-ci, appréciables en

argent. Cette condition est même requise à peine de nullité, car un apport fictif équivaut à l'absence d'apport, et l'une des conditions nécessaires pour constituer la société n'est plus remplie. Ce serait le cas, par exemple, si l'apport consistait en une créance contre un insolvable, dépourvue de toute valeur réelle (1).

Mais, sans être fictifs, les apports peuvent souvent faire l'objet d'évaluations ou de majorations excessives : pour éviter ce danger, la loi a prescrit toute une série de sages mesures que nous étudierons plus loin. Malgré ces précautions, il peut cependant arriver que certains apports soient majorés : s'ils l'ont été sans fraude, la société n'en sera pas moins valable. Les fondateurs eux-mêmes peuvent se faire illusion sur la valeur des choses qu'ils mettent en société, et l'on ne peut sanctionner par la nullité des erreurs ainsi commises de bonne foi.

§ II. — DROIT DE LA SOCIÉTÉ SUR LES APPORTS

Les apports peuvent consister dans certaines choses déterminées, ou dans leur usage, ou dans les fruits à en percevoir (art. 1841 C. civ.).

La chose, dont l'apport est promis en propriété à la société, peut être un corps certain ou une chose tangible. Si c'est un corps certain, la société en devient immédiatement propriétaire. Ainsi celui qui apporte un fonds de commerce n'a pas le droit, lors de la dissolution de la

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*, t. II, n° 708.

HOUPIN. *Traité général théorique et pratique des Sociétés par actions*, t. I, n° 125.

société, de reprendre en nature, au préjudice des créanciers, ce fonds, devenu valeur sociale, et figurant à ce titre dans les inventaires annuels (1). L'associé et la société se trouvent, l'un vis-à-vis de l'autre, dans la même situation qu'un vendeur et un acheteur. Si la société est évincée, l'associé lui doit garantie comme le vendeur à l'acheteur ; mais au lieu de la restitution du prix prescrite en matière de vente (art. 1630 C. c.), et qui ne peut se faire ici, puisque le prix n'existe pas, la société a seulement le droit de demander la résiliation du contrat et des dommages-intérêts. L'associé doit également garantie s'il existe une servitude sur le fonds apporté, ou au cas de vices cachés.

Dans ses rapports entre elle et les associés, la société devient propriétaire par le seul effet du consentement. Vis-à-vis des tiers, s'il s'agit d'immeubles, elle ne le devient que par l'effet de la transcription, car, en vertu de la fiction qui crée l'être moral, il s'opère une transmission de propriété qu'il faut rendre opposable aux tiers. S'il s'agit de créances, elle ne le devient que par l'accomplissement des formalités de l'article 1690 C. civ. ou par des formalités équivalentes. Ainsi, pour les titres à ordre, la transmission de propriété aura lieu à partir de l'endossement (C. com., art. 136) et pour les titres nominatifs à partir du transfert (loi 27 vendém. an II, art. 27). Les mesures de publicité prescrites par la loi au moment de la constitution des sociétés ne peuvent suppléer à l'émission de la notification au débiteur (2) ou des autres formalités acquises.

(1) Paris, 25 mars 1863.

(2) Paris, 18 décembre 1884. (D. P. 86. 2. 15).

Pour les brevets d'invention, la propriété est transmise, à partir de l'enregistrement de la cession à la préfecture du département (loi 5 juillet 1844, art. 20) (1). Cependant, dans ce dernier cas, des arrêts de cassation décident que l'enregistrement de la cession à la préfecture n'est nécessaire qu'en cas de cession complète (2). MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 21) enseignent que c'est là une erreur et que l'enregistrement est toujours nécessaire, car en cas de cession partielle, il y a dessaisissement partiel (3).

Si la chose est fongible, la société n'en devient propriétaire que lorsque cette chose a été déterminée. Le plus souvent ce sera au moment de la tradition : la société deviendra donc ordinairement propriétaire à ce moment, et non pas comme l'ont dit certains auteurs, par l'effet de la remise ; si la chose était déterminée avant d'être livrée à la société, celle-ci en deviendrait alors propriétaire et les risques passeraient sur sa tête.

Dans certains cas les choses fongibles composant l'apport sont faciles à transformer en espèces : doit-on alors considérer l'apport comme fait en nature ? La solution de cette question a des conséquences importantes, et, si l'on admet que l'apport est alors considéré comme fait en numéraire, il n'aura notamment plus besoin d'être vérifié et approuvé par l'assemblée des actionnaires, les actions attribuées à l'associé qui l'aura fait ne seront pas soumises à la libération intégrale au moment de la constitution, etc...

(1) POUILLET, *Traité des brevets d'invention*, n° 306.

(2) Crim. rej., 4 mars 1864. — DALLOZ, J. G. v° Brevet d'invention. S. n° 156. Cass. Req. 19 janvier 1882, *ibid.*

(3) Circ. min. agr. et com. du 30 décembre 1865.

La plupart du temps ce sera une question de fait, dont la solution variera suivant les espèces. Quand les choses apportées seront destinées à une vente immédiate, l'apport sera réputé fait en numéraire, et sa réalisation pourra être assimilée au versement du capital social (1).

Mais, au lieu d'apporter à la société la propriété d'une chose, on peut lui en apporter seulement l'usage. Il est souvent difficile de distinguer si la propriété ou la jouissance seulement est comprise dans l'apport. Quand les actes de société sont obscurs sur ce point, leur interprétation soulève de nombreuses difficultés. Dans le silence du contrat, on l'interprétera d'après l'intention présumée des parties, en tenant compte que dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, par conséquent ici contre celui qui promet l'apport (art. 1156 et 1162 C. civ.). En général, on décidera donc que la déclaration d'apport d'une chose quelconque, sans réserve, implique l'abandon de la propriété.

Si au contraire il est établi que l'apport n'a été fait qu'en jouissance, quel sera le droit de la société ? Pour le savoir il y a lieu de rechercher l'intention des parties : si elles ont entendu constituer au profit de la société un droit réel, un véritable droit d'usufruit, les rapports de celle-ci avec l'associé seront ceux d'usufruitier à nu-propriétaire. Mais ce cas se présente rarement, et la plupart du temps les parties auront entendu conférer à la société un droit personnel de jouissance sur l'apport : elle se trouvera donc vis-à-vis de l'associé dans la situation du preneur vis-à-vis

(1) Grenoble, 1^{er} mai 1894. (D. P. 95. 2. 221.)

du bailleur ; d'où il suit que l'associé sera tenu de faire jouir la société, et non plus seulement de la laisser jouir comme dans le cas précédent. De même, si la chose vient à périr par cas fortuit, après l'apport en société, celle-ci sera dissoute par application de l'article 1867, § 2, C. civ., comme le contrat de bail est résolu par la perte fortuite de la chose louée.

Doit-on assimiler dans ce cas le contrat de société au contrat de bail, au point de vue de la transcription ? Autrement dit, l'apport en société de la jouissance d'un immeuble devra-t-il être transcrit, s'il est fait pour une durée de plus de dix-huit ans (loi du 23 mars 1855, art. 2, § 4) ? La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative (1). D'autres assimilent dans ce cas l'apport en jouissance à un apport en usufruit, et exigent toujours la transcription, même s'il est fait pour moins de dix-huit ans. (2). Suivant eux, l'apport immobilier de jouissance est un apport en usufruit, avec, en plus, l'obligation de garantir à la société la jouissance de l'immeuble, comme le ferait un bailleur.

Pour savoir d'ailleurs si le droit conféré à la société est réel ou personnel, il faudra encore ici rechercher l'intention des parties. Ce sera une question de fait, à trancher par les tribunaux en cas de contestations, mais dont la solution est très importante au point de vue des risques.

D'après l'article 1845 du Code civil, chaque associé est

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 27.

FLANDIN, Transcription, t. I, n° 269.

(2) MOURLON. *Transcription*, t. I, 52.

GUILLOUARD. *Société*, n° 190.

débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y apporter. Nous venons de voir comment l'associé se libérait quant l'apport consistait en un corps certain ou une chose fongible. Dans les cas où il consiste en argent (art. 1846 C. civ.), l'associé qui ne l'a pas fait au jour fixé devient de plein droit et sans mise en demeure débiteur des intérêts de la somme due, à partir du jour où l'apport aurait dû être fait. C'est là une dérogation au droit commun (art 1153 C. c. et loi du 7 avril 1900). Et les intérêts seraient dûs même s'il avait été stipulé dans l'acte de société que les associés prélèveraient l'intérêt de leurs mises avant tout partage des bénéfices (1). La prescription de cinq ans de l'art. 2277 C. civ. n'est même pas applicable aux intérêts de l'apport.

Si la chose apportée en société produit des fruits, la société y a droit à partir du jour du contrat. Il en est ainsi sans doute des fruits perçus par l'associé. Mais que décider pour les fruits non perçus ? Certains auteurs enseignent qu'ils sont dûs à la société dès qu'elle a mis l'associé en demeure de les percevoir (2). Mais il nous semble plus juste d'amettre, en se fondant sur l'art. 1846 C. c., qu'ils sont dus indépendamment de toute mise en demeure. Car pourquoi distinguer entre les fruits d'un immeuble et les intérêts d'une somme d'argent ? (3)

De même, si l'apport est fait en industrie, l'associé doit compte à la société de tous les gains qu'il a faits, mais

(1) Aix, 1^{er} mars 1869. (D. P. 70. 2. 219).

(2) DALLOZ. J. G. V^o Société, Rép. n^o 332.
DUVERGIER, t. II, n^o 152.

(3) AUBRY et RAU, t. IV, § 380, p. 354.
GUILLOUARD, n^o 183.

seulement dans l'espèce d'industrie qu'il a mise en société. On peut concevoir en effet un industriel exploitant deux ou plusieurs sortes d'industries : s'il n'en apporte qu'une en société, il est évident qu'il ne devra aucun compte des gains qu'il réalise dans l'autre. Il faudrait pour cela que la société fut universelle. Cependant, deux hypothèses spéciales sont à prévoir : une clause de l'acte social peut avoir défendu à l'associé de se livrer à aucune autre industrie, ou bien il s'est engagé par cet acte à consacrer tout son temps aux affaires sociales. S'il se livrait alors à d'autres occupations, ou s'il ne consacrait pas aux affaires sociales tout le temps et tous les soins qu'elles exigent, l'associé pourrait être tenu à des dommages-intérêts.

Qu'il soit fait en propriété ou en jouissance, l'apport en nature est susceptible de diverses modalités ; il peut par exemple être pur et simple ou conditionnel. Cependant la condition peut changer le caractère du contrat. Ainsi, un associé fait l'apport d'un immeuble, sous la condition qu'on lui versera une certaine somme d'argent : il sera considéré dans ses rapports avec la société comme un vendeur et non comme un associé. Toutefois, si la somme d'argent est inférieure à la valeur de l'immeuble, le contrat aura un caractère mixte : jusqu'à concurrence de la valeur reçue ce sera une vente, et pour le surplus un apport social. Il en résulte que dans les deux cas un droit proportionnel de mutation sera dû à l'Enregistrement. On ne peut d'ailleurs assimiler à un prix en argent les actions qui seront attribuées à l'associé en échange de son apport, car ces titres ne lui confèrent qu'un droit de copropriété sur le fonds

social, absolument semblable à celui des autres associés (1).

§ III. — QUESTION DES RISQUES

Arrivons enfin à la question des risques, dont la solution varie suivant la nature des apports.

Si ceux-ci sont des corps certains, et faits en propriété, la société en devient immédiatement propriétaire, vis-à-vis de l'associé, par le simple effet du consentement, et les risques sont à son compte. Lors de la dissolution l'apporteur n'aura plus rien à reprendre, l'apport sera réparti entre les divers associés dans la mesure de leurs droits (2).

Mais la question est plus délicate quand il s'agit de choses dont la jouissance seulement a été mise en société. Il y a par suite un très grand intérêt à savoir si l'apport a été fait en pleine propriété ou en jouissance (3). En cas de doute, que doit-on présumer? La plupart des auteurs admettent que c'est là une question de fait, dont la solution sera variable suivant les circonstances. Il faudra donc, pour la résoudre, interpréter les termes et l'ensemble du contrat (4). Certains codes étrangers ont tranché la question; le code italien (art. 82) et le code roumain décident qu'en cas de doute on doit présumer l'apport fait en pleine pro-

(1) Cass. civ. 29 mai 1883. (D. P. 84. 1. 242).

(2) ROUSSEAU, n° 54. GUILLOUARD, n° 153.

DALLOZ, J. G. V° Société, n° 156.

(3) V. Suprà, p. 20.

(4) PONT, *des Sociétés commerciales*, n° 63; Pardessus, n° 990; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 28; GUILLOUARD, n° 187; DALLOZ, *loc. cit.* R. 370. S. 117.

priété. C'est d'ailleurs l'avis de Duvergier (n° 104) et de Delangle (n°s 94 s).

Il est aussi extrêmement important, pour les apports en jouissance, au point de vue des risques, de savoir la nature du droit que les parties ont entendu conférer à la société, droit personnel ou droit réel. C'est encore là, nous l'avons vu, une question d'interprétation (1), mais les conséquences en sont graves. Si c'est un droit personnel, l'associé s'est engagé à faire jouir la société pendant toute sa durée : son apport est donc successif. Si la chose dont la jouissance a été promise vient à périr, il ne peut plus remplir son obligation. Les risques sont à sa charge. Si au contraire les parties ont entendu conférer à la société un droit réel, dans l'espèce un droit d'usufruit, une question se présente d'abord, et doit être résolue avant de trancher la question des risques : qui est propriétaire de l'apport, est-ce l'associé, est-ce la société ? Suivant que l'on se trouvera en présence d'un usufruit ou d'un quasi-usufruit, la chose sera la propriété de l'associé ou de la société, et périra par suite pour le compte de celui qui en est propriétaire : *res perit domino*.

Dans quels cas l'associé reste-t-il donc propriétaire des choses dont il a apporté l'usufruit à la société, dans quels cas au contraire en transmet-il la propriété à celle-ci ? L'art. 1851 C. civ. nous répond.

Lorsqu'il s'agit de corps certains et déterminés, qui ne se détériorent pas l'usage, les apports sont aux risques de l'associé propriétaire (C. civ., art. 1851). S'ils périssent par cas fortuit, la société sera libérée de l'obligation de les

(1) Suprà, p. 21.

restituer à sa dissolution. A un autre point de vue, dans cette hypothèse, les risques seront pour la société, qui perdra son droit d'usufruit si la chose périt. En un mot la chose est aux risques de l'associé pour la nue propriété, aux risques de la société pour l'usufruit. Il en est autrement si les apports périssent, en totalité ou en partie, par la faute de la société. Mais, à part ce cas, l'associé, lors de la dissolution de la société, opère la reprise de son apport tel qu'il se trouve à ce moment. Toutefois les corps certains mis en société pour la jouissance sont aux risques de la société dans les quatre cas suivants (art. 1851-2°. C. c.):

1° *Si les choses se consomment.* Comme on ne peut jouir des choses sans les consommer, et que la société a le droit d'en jouir, elle a par suite un véritable droit de propriétaire. D'ailleurs il est de règle que la simple tradition de ces choses en transmet la propriété même. La société doit donc rendre à l'associé des choses de même nature, qualité et bonté, ou leur estimation, à la fin du contrat. (C. civ., art. 587).

2° *Si elles se détériorent par l'usage.* On ne peut supposer que les parties aient eu l'intention de faire reprendre par l'associé, à la dissolution, des choses telles que des meubles meublants, par exemple : la propriété en est donc transmise à la société, qui devient débitrice de leur valeur.

3° *Si elles sont destinées à être vendues.* En effet, le propriétaire seul peut vendre. L'intention des parties a été évidemment de transmettre la propriété à la société.

4° *Si elles ont été mises dans la société sur une estimation.* Peu importe la façon dont cette estimation a été faite, dans un inventaire ou dans un autre titre. « *Æstimatio facit*

venditionem ». D'ailleurs telle a été évidemment l'intention des parties. Et il n'y a pas lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles.

Dans les trois premiers cas, l'associé aura droit, lors de la dissolution de la société, à la restitution de choses semblables, ou à une somme suffisante pour se les procurer. Dans le dernier, c'est toujours le prix d'estimation qui devra être restitué.

CHAPITRE II

Avantages particuliers

§ I. — LEUR CARACTÈRE

Les avantages particuliers n'ont pas besoin d'être définis, leur nom seul suffit à en donner une idée nette : ce sont les faveurs accordées à certains associés seulement, à l'exclusion des autres. La loi elle-même n'en a pas donné de définition, laissant à l'Assemblée générale des actionnaires le soin de se prononcer sur leur nature et leur étendue. « En principe, dit M. Mathieu, rapporteur de la loi du 24 juillet 1867, tous les associés sont placés dans des conditions rigoureusement identiques et parfaitement égales les uns vis-à-vis des autres, quant aux profits à retirer de l'Association. Or, tout ce qui rompt cette règle d'équilibre, toute clause de l'acte social qui autorise l'un des associés à opérer sur le fonds commun ou sur ses produits un prélèvement que les autres associés ne pourraient également faire, constitue un avantage particulier dans les termes de l'article 4 (1) ».

Pour récompenser ceux qui ont apporté leurs concours à la fondation de la société, par leurs études, leurs démar-

(1) MATHIEU et BOURGUIGNAT, *Commentaires de la loi sur les Sociétés, du 24 juillet 1867*, n° 39.

ches, leurs avances, ou pour rémunérer les services rendus par quelques associés, on les reconnaît créanciers de la société pour une certaine somme, ou on leur attribue un certain nombre d'actions. On peut encore leur accorder le droit de faire un prélèvement annuel sur les bénéfices, avant toute distribution du dividende. Tout cela constitue des avantages particuliers.

La loi française laisse toute liberté aux associés pour les déterminer, et n'en interdit aucune sorte. Cette liberté ne subit qu'une seule restriction, pour les Compagnies de chemins de fer. D'après l'art. 11 de la loi du 15 juillet 1845, « les fondateurs de la Compagnie n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances, dont le compte, appuyé de pièces justificatives, aura été accepté par l'assemblée générale des actionnaires. » Ce texte implique la prohibition des avantages particuliers dans les Compagnies de chemins de fer.

Avant que la loi ne fut venue les soumettre à des règles sévères, ces avantages particuliers étaient une source de profits frauduleux pour certains associés, ordinairement les fondateurs, qui faisaient valoir leurs moindres services pour s'attribuer un nombre exagéré d'actions. Leur qualité de créateurs, les soins par eux apportés à la souscription du capital social, qui sans eux eut été impossible, tout leur était prétexte à une rémunération exagérée. Sans doute les actionnaires avaient bien un droit de contrôle, mais la plupart du temps ce droit était illusoire, et ne pouvait empêcher les fondateurs de s'attribuer frauduleusement des avantages excessifs. Les actionnaires couraient donc de ce côté les mêmes dangers que du côté des appor-

teurs en nature. Aussi la loi de 1856, puis plus tard celle de 1867, assimilèrent-elles ces deux classes d'associés, du moins au point de vue de la vérification et de l'approbation de leur situation par l'Assemblée générale. Aujourd'hui tout ce qui constitue un avantage particulier n'a aucune valeur avant d'avoir été soumis au contrôle des actionnaires, dans les formes voulues par la loi. Et il en est ainsi, que les avantages soient accordés à un actionnaire en particulier ou à un groupe d'actionnaires; par exemple, si lors de l'augmentation du capital social une prime a été imposée aux souscripteurs, en faveur, non de la Société, mais seulement des anciens actionnaires.

§ II. — DE QUELQUES AVANTAGES PARTICULIERS SPÉCIAUX

Certaines difficultés se présentent cependant. L'acte de société peut, en effet, prévoir des prélèvements, sur les bénéfices annuels, qui ne sont pas destinés à rémunérer des services antérieurs à cet acte: le cas le plus fréquent est celui où l'on accorde au gérant, outre un traitement fixe, un tant pour cent sur les bénéfices nets. Le gérant est ainsi plus directement intéressé à l'administration de la société, et celle-ci trouve ordinairement un intérêt à procéder ainsi.

Ce prélèvement constitue-t-il au profit du gérant un avantage particulier soumis à l'approbation de l'assemblée générale?

Un premier système avait admis la négative, en interprétant l'art. 4 de la loi du 17 juillet 1856 dans un sens restrictif. Cet article, reproduit d'ailleurs par la loi de 1867, parle des avantages particuliers accordés à un « asso-

cié ». Et, se fondant sur le texte, les partisans de ce système disaient que par associé la loi entendait évidemment celui qui avait cette seule qualité, et non celui qui était en outre chargé de fonctions administratives.

Un second système, plus rationnel, a été consacré par un arrêt de Bordeaux du 20 novembre 1865 (S. 1866. 2. 119.). D'après cet arrêt, la distinction faite par les partisans de la négative est extrêmement subtile, et de plus contraire à l'esprit de la loi. Le gérant a sans doute une double qualité. Comme associé, il possède des actions et a le droit de prendre part et de voter aux Assemblées ordinaires; comme gérant, il dirige les opérations de la société. Ces deux titres sont en lui coexistants et indivisibles, et le fait d'être gérant ne l'empêche pas d'être associé. Il est impossible de séparer ces deux qualités, pour mêler à l'acte social un contrat de louage de services. Le gérant doit son temps à l'entreprise, c'est là une obligation inhérente à la société. C'est donc bien un avantage social qui lui est fait lorsqu'il est appointé aux frais de celle-ci. Aussi la Cour de cassation décide-t-elle, contrairement d'ailleurs aux prétentions de la Régie, qu'aucun droit d'enregistrement n'est dû pour cette stipulation, qui fait partie du contrat de société(1).

Le gérant tombe donc sous le coup de l'art. 4. D'ailleurs les motifs pour lesquels la loi a soumis les avantages particuliers à des règles spéciales existent toujours, et *a fortiori*, quand l'associé auquel ces avantages sont attribués est en même temps gérant. La plupart du temps, c'est celui-ci qui rédige l'acte social, et qui, dans cet acte,

(1) Cass. 29 novembre 1869 (D. P. 70. 1. 270); contrà : PONT, n° 976.

ne pouvant être élu par des associés qui n'existent pas encore, se désigne lui-même comme gérant de la société, et insinue les avantages particuliers attachés à ce titre. Les précautions législatives ont eu précisément pour but de protéger les actionnaires contre les fondateurs. Il a été jugé en ce sens que la part de bénéfices alloués par les statuts au directeur-fondateur d'une société anonyme doit, à peine de nullité, être approuvée par l'Assemblée générale (1).

Le danger que la loi a prévu est donc ici encore plus grand que dans les cas ordinaires, et les actionnaires ne sauraient être trop préservés des conséquences funestes d'un entraînement irréfléchi. C'est dans ce cas surtout que l'on peut justement dire avec M. Mathieu : « Il y a dans les sociétés comme en d'autres associations une lune de miel, dont les ardeurs peuvent être dangereuses, si elles ne sont pas contenues ».

Mais ne peut-on pas soutenir que les avantages particuliers attribués au gérant sont valablement et définitivement approuvés par l'assemblée des actionnaires où a lieu l'adhésion aux statuts de la société, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux deux réunions exigées pour l'approbation des apports et des avantages accordés aux autres associés ? Non encore, car il faudrait pour cela que la qualité de gérant absorbât chez celui qui la possède la qualité d'actionnaire, et nous venons de voir qu'il n'en était pas ainsi. Du reste, si l'on admettait ce système, les actionnaires ne seraient pas suffisamment garantis. L'adhésion aux statuts n'implique pas de leur part pleine

(1) Agen, 7 juin 1879 (D. P. 79. 2. 247).

connaissance des avantages attribués au gérant. Ceux-ci devront donc être vérifiés et approuvés suivant le droit commun, par deux assemblées distinctes.

Il a été jugé qu'une part dans les bénéfices, allouée à l'un des fondateurs d'une société anonyme à titre purement éventuel, au cas où le conseil d'administration jugerait bon de l'attribuer plus tard à la personne désignée, ne doit pas être considérée comme un avantage particulier soumis à la vérification dans les termes de l'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 (1). Cette théorie est contestable. On peut cependant l'admettre quand les statuts ajoutent que cette collocation d'une part dans les bénéfices doit être en outre confirmée par un vote de l'assemblée générale annuelle correspondant à l'exercice où aura lieu cette attribution. Le texte de l'arrêt permet de supposer que dans l'espèce les statuts étaient en ce sens.

Quant aux avantages conférés, non à l'individu, mais à la fonction ; par exemple, dans une société anonyme, les jetons de présence alloués aux membres du conseil d'administration ou le traitement du directeur ; on discute sur le point de savoir s'ils sont ou non soumis à la vérification et à l'approbation de l'assemblée. Un premier système prétend que la règle est générale, et que tous les avantages particuliers, même ceux qui sont attachés à la fonction, y sont soumis (2). Une seconde opinion diamétralement opposée dispense complètement ces avantages du contrôle

(1) Lyon, 3 décembre 1895 (D. P. 98. 2. 113).

(2) Agen, 7 juin 1879 (D. P. 79. 2. 247).

des actionnaires (1). La véritable solution de la question nous semble se trouver dans un système mixte : une distinction s'impose (2). Si le premier conseil d'administration et le directeur ont été désignés par les statuts, les avantages sont considérés comme constitués en raison des personnes, bien que d'autres soient appelés à en profiter, quand les premiers auront cessé leurs fonctions. De plus, l'allocation d'une rémunération, étant contemporaine des statuts, doit être soumise au contrôle des actionnaires. Il y aura donc lieu dans ce cas à vérification et approbation par l'assemblée générale. Au contraire, si les premiers administrateurs et le directeur ont été nommés par l'assemblée des actionnaires, les avantages dont ils jouissent sont considérés comme attachés à des fonctions amovibles, dont chacun des associés peut être chargé à son tour. De plus l'assemblée a pu librement fixer le taux et le mode de rémunération des administrateurs ou du directeur qu'elle choisit. Aucune vérification n'est donc nécessaire (3). Ce système, très rationnel, tend à prévaloir en doctrine.

Tels sont les avantages particuliers. Nous avons jugé utile d'en indiquer brièvement la nature. Tout ce que nous dirons plus loin de la vérification et de l'approbation des apports s'appliquent également à ces avantages.

(1) Trib. com. Seine, 4 avril 1887 (*Revue des Sociétés*, 1887. p. 336), et 16 mars 1887 (*Journal des Sociétés*, 1888. p. 208).

(2) DALLOZ, J. G. V^o Société. R. n^o 1291.

(3) Lyon, 1^{er} août 1882 (*Journal des Sociétés*, 1884, p. 702).

CHAPITRE III

Parts de Fondateurs

§ I. — UTILITÉ ET LÉGALITÉ DES PARTS

Les apporteurs en nature reçoivent, en échange de leurs apports, des actions, et leurs droits comme actionnaires, après l'accomplissement des formalités légales, sont semblables à ceux des apporteurs en numéraire. Il est cependant une catégorie de personnes qui peuvent être, à un certain point de vue, assimilées aux apporteurs : ce sont les fondateurs. Par leur activité, leur intelligence, les démarches faites pour arriver à la constitution de la société, ils ont rendu des services immenses, et une juste rémunération leur est due. Avant la loi de 1856, il était facile de leur distribuer gratuitement des actions, dites de prime, mais, depuis cette loi, le capital social devant être intégralement souscrit, ce moyen est devenu impossible. MM. Dalloz (1) et Rivière (n° 33) sont pourtant d'un avis opposé, mais, en adoptant leur système, on arrive à un résultat contraire à l'esprit et au texte de la loi. Si les services rendus sont facilement appréciables en argent, le moyen le plus simple de les reconnaître sera de les

(1) J. G. V° Société, n° 1182.

considérer comme des apports *en travail*, et d'attribuer aux fondateurs, comme aux associés qui apportent des immeubles, ou même leur industrie, des actions soumises à la vérification et à l'approbation de l'assemblée générale.

Mais, si ces services sont difficilement appréciables en argent, ou si l'on veut les reconnaître sans donner à ceux qui les ont rendus des droits sur une partie du capital, il existe un moyen de rémunérer les fondateurs, moyen d'ailleurs très fréquemment employé : c'est de leur attribuer une participation aux bénéfices, et de leur donner des titres qui ont pris leur nom et que l'on trouve dans un grand nombre de sociétés : *les parts de fondateurs*.

En présence du silence de la loi sur ces titres, il est fort délicat d'en déterminer la nature et de préciser les droits et les devoirs de ceux qui en sont porteurs.

Dans la pratique, on désigne sous le même nom deux sortes de titres, conférant d'ailleurs exactement les mêmes droits : d'abord ceux alloués aux véritables fondateurs de la société, pour rémunérer le concours apporté par eux à sa fondation, puis les parts bénéficiaires accordées, soit aux souscripteurs d'un grand nombre d'actions, soit, au cas d'émission d'actions nouvelles, aux anciens actionnaires de la société, à ceux qui ont traversé la période souvent difficile des débuts, pour leur donner une situation plus avantageuse que celle des nouveaux actionnaires, qui n'auront jamais à courir les mêmes risques.

Les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour admettre la légalité des parts de fondateurs. Rien dans les lois de 1867 et de 1893 ne s'oppose à leur création. Ces lois admettent

les avantages particuliers, et laissent toute latitude de leur donner une forme quelconque. Seulement, pour sauvegarder les intérêts des actionnaires, elles soumettent ces avantages au contrôle de l'assemblée générale. Il est impossible d'ajouter à la loi en édictant une prohibition non formulée par un texte. Sans doute les sociétés doivent diviser leur capital en actions de telle ou telle forme, mais cette règle n'est applicable qu'aux titres constituant une subdivision du capital. Comme le fait remarquer M. Genevois : « vis-à-vis des tiers, le capital social est l'unique garantie dans les sociétés anonymes. Les titres, qui sont les facteurs de ce capital, préoccupent donc justement le législateur. Mais on comprend que les titres qui n'en sont pas les facteurs, qui n'entrent pour rien dans la garantie promise aux tiers, ne l'aient pas préoccupé (1). »

D'ailleurs, la légalité des parts est aujourd'hui presque officiellement reconnue. La Chambre syndicale des Agents de change de Paris inscrit à son bulletin officiel de nombreux titres de cette espèce, et, sur les deux formules délivrées par l'Administration de l'Enregistrement et du Timbre à toutes les sociétés anonymes, les parts de fondateurs sont spécialement indiquées. Enfin, dans la discussion de certains projets d'intérêt local, en approuvant les statuts d'entreprises constituées pour l'exécution de travaux d'utilité publique, où les parts de fondateurs sont prévues et réglementées, le Parlement à plusieurs reprises a affirmé indirectement leur légalité.

(1) *Commentaire de la loi de 1893*, p. 189.

§ II. — NATURE DES PARTS. A QUELS TITRES PEUT-ON
LES ASSIMILER ?

Si l'on est d'accord aujourd'hui sur la légalité des parts de fondateurs, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de déterminer les caractères de ces titres, et de voir à quelles règles ils seront soumis.

Les parts de fondateurs, constituant le prix d'un apport sans doute particulier, mais qui n'en doit pas moins être rangé parmi les apports en nature, ont un caractère mixte. Deux systèmes principaux sont en présence, et nous avons à examiner si elles constituent un droit de créance contre la société, ou si elles ne doivent pas être assimilées aux actions, tout au moins aux actions de jouissance.

La première opinion est la plus répandue (1), et se fonde sur des arguments d'une valeur incontestable. Tout d'abord, les parts de fondateurs, considérées en tant que créances, ont pour cause la lourde responsabilité imposée aux fondateurs par l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867. Puis les porteurs de parts ne sont pas exposés aux pertes de la société ; quels que soient les résultats de l'exploitation, ce qui peut leur arriver de plus fâcheux est de manquer à gagner, s'il n'y a pas de répartition de bénéfices. Leurs titres ne représentent pas le versement d'un capital, et, en cas de faillite, ils ne risquent pas comme les actionnaires de perdre leur part dans ce capital. Enfin ils ne

(1) WAHL, *Étude sur les parts de fondateur*, n° 4. — LECOUTURIER, *Étude juridique sur la part de fondateur*, page 28. — ROUSSEAU, *Étude sur les parts de fondateurs*, page 45. — BOUVIER-BANGILLON, loi du 1^{er} août 1893, p. 149.

sont pas admis à se mêler à l'administration de la société, ne prennent pas part aux assemblées générales, et ne peuvent critiquer les actes de l'administration qu'en alléguant à leur préjudice une fraude ou une modification aux statuts. Ils ne peuvent même critiquer les délibérations sociales dont ils reconnaissent la régularité sans s'immiscer dans l'administration de la société, ce qui leur est interdit (2). N'est-ce pas la meilleure preuve qu'ils sont des tiers et non des associés ?

Si l'on admet avec ce premier système que les parts de fondateurs constituent un droit de créance contre la société, ne peut-on assimiler leurs propriétaires à des créanciers dont la situation est plus clairement déterminée ? D'aucuns ont essayé de les rapprocher des obligataires, d'autres des ouvriers ou employés intéressés dans les bénéfices. Ces assimilations ne sont pas justifiées, car, pour une vague ressemblance, on trouve aussitôt des différences très nettes et très tranchées.

Comment, en effet, comparer le porteur de parts et l'obligataire ? Sans doute, tous les deux ont un titre, négociable par les mêmes moyens, et qui leur donne droit de prendre part à des répartitions de numéraire. Mais, alors que l'obligataire a versé un capital, dont il touche un intérêt fixe, et pour le remboursement duquel il a ordinairement des garanties hypothécaires ou autres, le porteur de parts, en échange des services que lui ou ses auteurs ont rendus à la société en participant à sa fondation, a droit à une part des bénéfices, part d'ailleurs aléatoire et

(2) Paris, 16 juillet 1896. (D. P. 99. 2. 361).

variable, et, en cas de faillite, ses droits seront la plupart du temps anéantis.

Le rapprochement des porteurs de parts et des employés intéressés est presque aussi inexact. Assurément le contrat qui lie le commis intéressé au patron est d'une nature indécise : il participe à la fois du louage de service et de la société. Mais de ces deux caractères celui qui donne au contrat sa nature définitive, celui qui l'emporte sur l'autre au point de l'absorber en grande partie, c'est le caractère de louage. L'employé a droit à un tant pour cent sur les bénéfices au même titre qu'à ses appointements ; à aucun point de vue il ne peut être considéré comme associé. Au contraire, le porteur de parts, s'il a rendu des services à la société, ne l'a nullement fait parce qu'il y était tenu en vertu d'un contrat de louage, et c'est précisément au moment où ses services ont pris fin, où la société a été constituée, que son droit à une partie des bénéfices s'est ouvert par l'attribution des parts de fondateurs. Si le contrat d'où lui viennent ses droits est d'une espèce particulière, il ne peut rentrer que dans un seul genre, celui des sociétés.

Cela nous conduit à la seconde théorie sur la nature juridique des parts de fondateurs, et au système qui les considère comme de véritables parts sociales. Ses partisans se divisent d'ailleurs en deux groupes, suivant qu'ils assimilent ces parts sociales à une action ou à un titre d'intérêt.

Pour dire si la part de fondateur est une véritable action, il faut préciser la nature de celle-ci. Si sa caractéristique principale consiste dans la circulation du droit

représenté par un titre, il paraît assurément difficile de refuser à la part de fondateur la qualité d'action. La part est représentée par un titre semblable extérieurement au titre qui représente l'action, et se négociant avec la même facilité que ce dernier. Sans doute l'art. 34 du Code de Commerce exige l'égalité de toutes les actions ou coupons d'actions, et la part de fondateur, rapprochée des actions proprement dites, ne satisfait pas à cette condition ; mais on admet généralement que cette règle n'est pas absolue : les statuts peuvent y déroger et l'égalité ne constitue pas un caractère essentiel des actions.

Les parts de fondateurs ne sont cependant pas identiques aux actions : elles s'en distinguent à plusieurs points de vue. La portion allouée dans les bénéfices, soit à chacune d'elles, soit à leur ensemble, est plus élevée que celle des actions. Mais elles ont droit seulement à une participation aux profits, et non pas par conséquence à des intérêts, ni à une part du capital. Quelquefois cependant cette règle souffre une exception : les statuts peuvent ordonner qu'à la dissolution de la société, après le remboursement des actions au pair, le surplus de l'actif, s'il y en a, sera partagé entre les actionnaires et les porteurs de parts, proportionnellement à leurs droits aux bénéfices. Mais cette disposition est exceptionnelle, et les parts de fondateurs ne donnent, en principe, aucun droit au capital social. En cas de faillite, le porteur de parts, non seulement ne peut venir en concours sur l'actif avec les créanciers, mais encore ne peut réclamer une partie de cet actif qu'après le remboursement au pair de toutes les actions. Enfin les porteurs de parts, nous l'avons vu, ne

participent aucunement aux assemblées générales et à l'administration de la société.

Malgré ces différences, c'est à l'action que la part de fondateur peut le mieux s'assimiler. MM. Lyon-Caen et Renault identifient ces deux titres (1). Ce qui rend très vraisemblable cette assimilation, c'est que le fondateur, comme l'actionnaire, fait à la société un apport ; il lui fournit son travail à la place de son argent. C'est là un apport d'industrie, et, pour en rémunérer le fondateur, on pourrait, sauf approbation des assemblées générales, lui attribuer des actions. Au lieu de suivre cette voie, on lui donne seulement droit à une part dans les bénéfices. Ce droit ne résulte pas, d'ailleurs, comme celui d'un créancier, du fonctionnement de la société : comme celui d'un associé, il résulte des statuts. Mais le fondateur n'aura de droit que lorsque les actionnaires en auront eux-mêmes ; il court des risques, en ce sens que si la société ne réalise pas de bénéfices, il ne sera pas rétribué. Et, dans ce cas, nous irons plus loin que les partisans du premier système, nous dirons qu'il subira une perte, car ses services, son travail antérieur à la constitution de la société, resteront sans récompense, et ces services, ce travail ont une valeur qui, pour être difficile à apprécier en argent, n'en est pas moins souvent très grande.

L'exclusion du porteur de part des assemblées ne prouve nullement chez lui l'absence de la qualité d'actionnaire. Il y a, en effet, des actionnaires qui ne peuvent être admis aux assemblées. En ce qui concerne par exemple les

(1) T. II, n° 560 *bis*.

actions de jouissance, la question est controversée, mais semble bien devoir se résoudre par la négative. La loi du 24 juillet 1867 n'admet à voter dans les assemblées que les possesseurs du capital social, et règle, d'après leur nombre, les conditions de la majorité.

Avec le système que nous venons d'exposer, on arrive donc à assimiler les parts de fondateurs aux actions de jouissance, et ce sont en effet, parmi les divers titres des associés ou des créanciers de la société, ces sortes d'actions qui présentent avec les parts la plus grande analogie.

§ III. — EMPLOI DES PARTS DANS LES SOCIÉTÉS

Depuis plusieurs années, les parts de fondateurs se sont multipliées et on les rencontre dans un grand nombre de sociétés. Elles permettent d'éviter les risques judiciaires résultant d'une évaluation imparfaite de certains apports difficiles ou même impossibles à chiffrer, et constituent certainement la meilleure façon de rémunérer les fondateurs qui les font. Elles n'ont en effet une valeur, proportionnelle à la prospérité de la société, que si celle-ci réalise des bénéfices.

En principe, les parts de fondateurs ne sont attribuées qu'à ceux qui ont participé à la fondation. Ces titres sont placés à côté et en dehors du capital : ils partagent avec celui-ci, dans une proportion déterminée, l'ensemble des bénéfices sociaux. On peut considérer les actions et les parts comme deux forces unies, représentant le capital et le travail et venant ensemble participer à leurs produits, en laissant toutefois un certain avantage au capital, qui

prélève un intérêt avant tout partage de bénéfices et qui est remboursé lors de la dissolution.

En pratique, on fait un usage beaucoup plus étendu des parts de fondateurs. Par exemple, on en attribue à ceux qui souscrivent des actions à l'origine. Il y a là un véritable abus, un dédoublement des actions contraire à la loi de 1867. Ce procédé peut être la source de légers inconvénients au moment des règlements de comptes entre associés et porteurs de parts, et risque d'amener des conflits lors de l'inventaire, soit pour la distinction entre les dépenses de premier établissement et les dépenses d'entretien, soit pour l'amortissement de l'outillage, soit en général pour l'évaluation de l'actif.

Les parts de fondateurs, créées en dehors des réglementations légales, peuvent être divisées en autant de fractions que l'on veut. Cette liberté n'a plus ici les inconvénients qu'elle aurait pour des actions de capital, et il n'est pas à craindre de voir dégénérer les parts en des sortes de billets de loterie.

Ces titres sont créés ordinairement après la constitution de la société, quand les statuts ont alloué aux fondateurs, pour la rémunération de leur travail, un tant pour cent des bénéfices indivis entre eux. Il est alors nécessaire de diviser et de mobiliser cette fraction des bénéfices sous forme de titres négociables. Quelquefois, quand une société préparatoire est créée pour étudier ou expérimenter l'entreprise, les parts de fondateurs sont émises avant la société à laquelle elles se rattachent. Mais, dans tous les cas, elles constituent toujours des avantages particuliers, soumis par la loi de 1867 à l'approbation de l'assemblée générale.

DEUXIÈME PARTIE

Règles spéciales aux apports en nature lors de la constitution des Sociétés par actions

CHAPITRE PREMIER

Libération intégrale des actions représentant des apports en nature

Une des conditions requises par la loi pour la constitution d'une société par actions, c'est le versement par chaque actionnaire d'une partie ou de la totalité du montant des actions par lui souscrites. En effet, l'obligation de souscrire entièrement le capital social ne suffit pas à empêcher les fraudes. Il serait possible de trouver des gens insolvables pour couvrir entièrement la souscription. Aussi les lois de 1856 et 1867 ont exigé que le quart de chaque action fût versé, et elles ont ainsi atteint un double but : au lieu de laisser l'obligation du souscripteur à l'état de simple promesse, elles en ont fait une obligation exécutée en partie, et en second lieu elles ont écarté de la société les actionnaires de complaisance et les spéculateurs appelés coureurs de primes. La loi du 1^{er} août 1893 a confirmé ces dispositions en exigeant la libération intégrale des actions,

lorsqu'elles n'excèdent pas 25 francs ou lorsqu'elles représentent des apports en nature.

Cette dernière disposition se réfère aux actions qu'on a quelquefois qualifiées de *mixtes*, parce qu'elles correspondent pour partie à des apports en argent, pour partie à des apports en nature. Par exemple un actionnaire apporte à la société un immeuble de 100.000 francs, et il reçoit, non pas 200, mais 800 actions de 500 francs, soit 400.000 francs d'actions. Son apport en nature en payera le quart, et il devra verser les trois autres quarts en numéraire.

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, la question s'était posée de savoir si l'article 1^{er}, exigeant le versement du quart sur chaque action, était observé quand ce versement était réalisé par le fait de l'apport, ou si, au contraire, le versement devait toujours avoir lieu en espèces ; en d'autres termes si ces actions mixtes, représentant à la fois un apport en nature et un apport en numéraire, étaient valables. La solution en était très discutée, mais depuis la loi du 1^{er} août 1893, cette controverse a perdu son intérêt. Il suffira de rappeler ici la solution qui avait triomphé en jurisprudence. Les arrêts les plus récents avaient admis la validité des actions mixtes : ils décidaient par suite que les actions pouvaient représenter pour partie un apport en nature et pour partie un apport en numéraire, que des actions libérées d'un quart pouvaient être attribuées à celui qui faisait un apport en nature et qui restait tenu de verser les trois autres quarts en espèces, et que, libérées d'un quart par le fait de l'apport en nature, ces actions n'étaient pas assujetties au versement préalable d'un quart en numéraire, l'apport équivalant à un versement en espè-

ces (1). Quant aux actions représentant uniquement des apports en nature, aucun versement n'était exigé.

Cela résultait de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, qui, réglant le mode suivant lequel, à la suite du versement du quart du capital, les apports doivent être approuvés et vérifiés, charge de cette appréciation une majorité d'actionnaires représentant, au moins jusqu'à concurrence du quart, « le capital social en numéraire », et de l'article 25, d'où il ressort clairement que c'est bien seulement sur la partie du capital « qui consiste en numéraire » que le versement effectif du quart est obligatoire.

Le projet qui devait devenir plus tard la loi du 1^{er} août 1893, tel qu'il fut d'abord adopté par la Chambre sur le rapport de M. Clausel de Coussergues, ne contenait aucune disposition relative aux actions d'apports. Ce fut M. Poirrier qui fit admettre, à la Commission du Sénat, le paragraphe qui a passé dans l'art. 2 et qui se trouve aujourd'hui incorporé dans l'art. 3 de la loi de 1867 ». Les actions représentant des apports en nature devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société. »

Cette disposition s'applique au cas le plus fréquent, celui de la constitution d'une société. En cas de fusion de deux sociétés préexistantes, question que nous aurons à étudier plus loin au point de vue de l'approbation des apports (2)

(1) Paris, 28 avril 1883 (*Revue des Sociétés*, 1883, p. 374 ; D. P. 84. 2. 1). — Cass. crim. 15 février 1884 (D. P. 85. 1. 325). — Paris, 3 avril 1884 (*Revue des Sociétés*, 1885, p. 15). — Cass. req. 22 décembre 1886 (*Revue des Sociétés*, 1887, p. 62 ; D. P. 87. 1. 445).

(2) *Infrà*, p. 113 s.

et de la prohibition de négociation des actions qui les représentent (1), la libération intégrale n'est obligatoire, depuis la loi du 9 juillet 1902, que lorsque ces sociétés n'ont pas encore deux ans d'existence.

Il faut donc aujourd'hui verser entièrement en numéraire la différence entre le montant des actions et la valeur assignée à l'apport. Cette obligation a certainement pour résultat de rendre plus rares les actions mixtes ; c'est d'ailleurs précisément le but poursuivi par le législateur, et c'est contre la pratique de ces actions que ce texte a voulu réagir. Déjà, en 1884, au moment de la discussion du projet voté par le Sénat, on avait reconnu les inconvénients sérieux de ce genre de titres : ils favorisent en effet la spéculation et la constitution de sociétés frauduleuses. Un industriel aussi habile que malhonnête, sentant ses affaires péricliter, fera appel au public, et constituera une société pour l'exploitation de son affaire : il se contentera même, avec un désintéressement affecté, de recevoir des actions, au lieu d'espèces, en échange de son apport. Une fois la société constituée, des procédés trop fréquemment employés amèneront la hausse des cours à la Bourse, et le fondateur peu scrupuleux en profitera pour se débarrasser de ses actions, laissant ainsi les actionnaires, qui auront payé leur papier en bonnes espèces, en présence d'une entreprise destinée à une ruine prochaine : ceux-ci s'apercevront alors trop tard de la fraude dont ils sont victimes.

Avec la nouvelle disposition de la loi de 1893, ce genre de spéculation malhonnête n'est évidemment pas rendu

(1) *Infra*, p. 151 et 152.

impossible, et tout danger n'a pas disparu. Mais cependant les chances de fraude sont considérablement réduites, elles sont quatre fois moindres : au lieu de recevoir quatre actions mixtes libérées du premier quart, le fondateur ne reçoit plus en effet, qu'une action entièrement libérée. Ce résultat est déjà appréciable, mais encore insuffisant. Aussi le projet voté par le Sénat, en 1884, ne se contenta pas d'édicter cette disposition : il exigea que les actions d'apports ne fussent négociables que deux ans après la constitution de la Société. Cette disposition très sage (1), qui, après de longues discussions, finit par passer dans la loi du 1^{er} août 1893, est pour ces sortes de titres, après la constitution de la Société, une réforme restrictive qui vient heureusement compléter les conditions auxquelles la loi les soumet, avant cette même constitution.

(1) *Infra*, p. 138 s..

CHAPITRE II

Appréciation et approbation des apports en nature dans les Sociétés en commandite par actions

§ I. — NÉCESSITÉ D'UNE VÉRIFICATION

L'appréciation et l'approbation des apports par l'assemblée générale, instituées par la loi de 1856 et conservées par les lois postérieures, sont une des garanties les plus sérieuses apportées à la sauvegarde des droits des actionnaires. Nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de parler des fraudes multiples auxquelles avait donné lieu la constitution des sociétés par actions, et il est inutile d'y revenir. Mais, si tout le monde était d'accord sur la nécessité de réprimer des abus fréquents et dangereux, il restait à formuler le système à employer pour y parvenir, ce qui présentait de grandes difficultés.

Le projet proposé par le Gouvernement, et qui est devenu la loi de 1856, ne s'occupait que des apports, laissant de côté les avantages particuliers accordés aux fondateurs. Dans le cas où la valeur d'un apport était inférieure à celle pour laquelle il avait été mis en société, tout intéressé avait le droit de demander, pendant deux ans, la réparation du tort causé par cette exagération, sans préjudice de toute autre action pour fait de dol, et de rendre le gérant solidairement responsable des condamnations prononcées. Ce

n'était, en définitive, autre chose que l'action en restitution pour cause de lésion. Ce projet présentait des inconvénients de plusieurs sortes. Si la valeur réelle de l'apport dépassait un peu la moitié de la valeur pour laquelle il avait été fait, l'associé échappait à l'action. D'ailleurs, au bout de peu de temps, le système devenait impraticable. Comment en effet établir, après plusieurs mois, la valeur d'un apport consistant en un brevet d'invention, ou une découverte, en un mot une idée nouvelle, que le temps, des circonstances postérieures, une découverte plus récente, ont peut-être amoindris ou même réduits à rien ? Enfin, ce procédé était contraire aux principes généraux du droit, comme le faisait remarquer le rapporteur (1). Les cas de restitution pour cause de lésion sont rares : en effet, excepté dans les cas de partage et de vente, les conventions font la loi des parties.

Un second système permettait à l'associé, dont l'apport était fait en nature, de demander lui-même une expertise pour en faire établir la valeur. Ce mode de procéder était encore moins admissible que le précédent, et ses inconvénients auraient été plus grands, les frais plus élevés, les lenteurs plus fréquentes. Puis, il eut été facile à l'associé, dans la plupart des cas, de s'entendre avec les experts, et d'obtenir d'eux un avis favorable et une estimation exagérée. Bien plus, même s'il n'avait pu obtenir une expertise favorable, il lui aurait suffi, pour échapper à toute responsabilité, de renoncer à entrer dans la société. Ce système a donc été aussi justement écarté.

Celui qui l'a emporté, et qui a passé dans la loi de 1856,

(1) D. P. 56. 4. III, n° 39.

puis dans celle de 1867, consiste à faire vérifier les apports et les avantages particuliers par les intéressés, réunis en assemblée générale, avant la constitution définitive de la société. C'est la règle posée par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 :

« Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. — La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation. — La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. — Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. — Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative. — A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. »

Jusqu'ici, c'est-à-dire dans la première phase de la constitution de la société, les actionnaires sont restés isolés. Avant de s'engager définitivement, la loi veut qu'ils se réunissent pour examiner en commun et apprécier la

valeur des apports qui ne consistent pas en numéraire; elle considère le consentement donné par chacun d'eux au moment de sa souscription comme insuffisamment éclairé, et leur demande un consentement collectif et solennel. On peut certainement objecter que cette disposition porte atteinte à la règle que les conventions librement consenties font la loi des parties. Dans certaines sociétés, par exemple dans les commandites simples ou par intérêt, cette objection pourrait avoir une certaine force. Ces sociétés sont, en effet, composées d'un nombre restreint d'associés, et les commanditaires y adhèrent souvent en considération de la personne des fondateurs. On pourrait soutenir que, par le seul fait de leur signature, à moins de dol ou de fraude, les parties se trouvent liées. Mais, dans les sociétés par actions, l'objection n'a aucune valeur. Les actionnaires, nous l'avons déjà vu, souscrivent séparément, et souvent même, sans connaître l'acte de société, sur la foi de circulaires ou de prospectus. Le législateur n'a pas pensé, et cela avec raison, que ce consentement était suffisant pour assurer aux fondateurs la jouissance des avantages qu'ils auraient stipulés à leur profit, et rendre définitive l'évaluation des apports en nature faits par eux.

§ II. — QUELS APPORTS SONT SOUMIS A LA VÉRIFICATION

Ce sont, dit la loi, *tous ceux qui ne consistent pas en numéraire*. Tous, par conséquent, qu'il s'agisse de meubles, d'immeubles, de brevets d'invention, etc. Mais il ne faut pas cependant pousser à l'extrême l'application de l'article 4. Il est certain que les actionnaires qui se sont libérés en

chèques, billets de banque, bons du Trésor payables à vue, etc., et en général toutes les valeurs faciles à transformer en espèces et destinées à une vente immédiate, doivent être considérés comme ayant fait des apports en numéraire, qui n'ont nullement besoin d'être soumis à l'approbation de l'assemblée générale (1).

L'apport en nature fait lors de la fondation de la société est soumis à la règle que nous venons d'indiquer ; la loi est formelle sur ce point. Mais en est-il de même des apports faits pendant le cours des opérations de la société ? L'art. 4 de la loi de 1867 leur est-il applicable ? Il faut répondre que non, et admettre avec la cour d'Aix, dans un arrêt rendu le 9 avril 1867, sous l'empire de la loi du 17 juillet 1856, que l'acquisition d'un immeuble par la société ne constitue pas, à proprement parler, un apport, et ne donne pas lieu à l'application de l'article 4, alors même qu'une partie du prix de cette acquisition a été payée en actions provenant de l'augmentation du capital social, si cette augmentation a été prévue par les statuts. La loi a pour but de venir en aide aux sociétés qui se constituent, et non à celles qui fonctionnent déjà. Elle a voulu les prémunir contre les fraudes et les abus qui les grèveraient d'un passif dont elles ne recevraient pas l'équivalent : ce danger n'est plus à craindre pour les sociétés en cours d'opérations.

Il faut éviter de confondre la vente avec l'apport. Si un immeuble entre dans l'actif de la société aux termes des

(1) Grenoble, 1^{er} mai 1894 (*Revue des Sociétés*, 1894, p. 540 : D. P. 95. 2. 221). V. Suprà, p. 16.

statuts eux-mêmes, mais à titre de vente ferme, il ne sera pas soumis à la vérification, la loi ne parlant que des apports (1).

Il a été jugé aussi que la vente faite par le fondateur-gérant de la société, préalablement et régulièrement constituée, était licite, lorsqu'elle avait eu lieu moyennant un prix d'estimation fixé par expert, et agréé par l'assemblée générale des actionnaires, et qu'il n'y avait pas là un apport sujet à vérification (2).

Tous les apports doivent être soumis à la vérification, et aussi tous les avantages particuliers concédés à certains associés, quelle qu'en soit la nature (3). Cette règle s'applique même à la rémunération du travail du gérant, sous forme de traitement fixe ou de prélèvement sur les bénéfices, qui, nous l'avons admis plus haut (4), constitue un véritable avantage particulier.

Mais il n'en serait pas de même des jetons de présence alloués aux membres du conseil de surveillance : cette allocation n'est plus un avantage particulier accordé à une personne déterminée, c'est l'indemnité attachée à l'exercice d'une fonction amovible, à laquelle chaque associé peut être appelé à son tour.

D'ailleurs, que les avantages particuliers soient accordés à un actionnaire isolé ou à un groupe d'actionnaires, il n'y a aucune distinction à faire, la vérification est toujours obligatoire. Il en sera ainsi, par exemple, si,

(1) Cass., 14 juillet 1873 (D. P. 76. 1. 160).

(2) Paris, 17 juillet 1882 (*Revue des Sociétés*, 1883, p. 67).

(3) Cf. Paris, 27 juin 1888 (*Revue des Sociétés*, 1888, p. 483).

(4) Suprà, p. 30 s.

lors de l'augmentation du capital social, une prime a été imposée aux souscripteurs, en faveur, non de la société, mais des anciens actionnaires seulement.

S'il s'élevait un doute sur le point de savoir ce qui constitue un avantage particulier, soumis par suite à la vérification, il appartiendrait aux Tribunaux, et non à l'assemblée générale, de trancher cette question (1).

§ III. — INCONVÉNIENTS DE LA VÉRIFICATION

Avant d'examiner la façon dont l'assemblée générale procède à sa mission, il est utile de signaler en passant les inconvénients que présente l'obligation, pour que la société puisse être constituée, de réunir deux assemblées générales, dans le seul but de vérifier et d'approuver les apports. C'est là une source de frais et de lenteurs, car des actionnaires peuvent se trouver éloignés du siège de la société, et même être domiciliés à l'étranger. De plus, au moment de ces réunions, les choses ne sont plus entières : les souscripteurs ont signé l'acte de société, peut-être même ont-ils fait des versements. Seront-ils disposés à anéantir d'un seul coup tout ce qui a été fait jusque-là, et ne seront-ils pas portés à approuver les apports, même majorés ? Ajoutez à cela que l'apport consiste quelquefois dans une découverte dont il peut être dangereux pour l'inventeur de publier le plan et les modes d'exécution devant une assemblée d'actionnaires dont certains membres peuvent être étrangers. Après avoir pris connaissance du

(1) Cass., 18 décembre 1867 (D. P. 67. 4. 474). PONT, n° 981.

secret, ils peuvent rendre la société impossible en refusant d'approuver les apports et s'approprier la découverte. M. Bédarride (1), en faisant cette observation, regrette que le contrôle des actionnaires, sous l'empire de la loi de 1856, n'ait pas été remplacé par celui du gouvernement, si les sociétés en commandite par actions avaient été soumises à l'autorisation comme les sociétés anonymes. Aujourd'hui que l'autorisation est supprimée pour toutes les sociétés, sauf une exception prévue par l'art. 66 de la loi de 1867, il est permis de regretter ces inconvénients, mais la loi est formelle, et il faut en suivre les prescriptions, en s'entourant de toutes les précautions nécessaires pour sauvegarder les droits et les intérêts que l'on peut avoir.

§ IV. — COMMENT SE FAIT LA VÉRIFICATION

Étudions maintenant le mode d'application de cette disposition. L'assemblée générale est appelée à faire vérifier et apprécier la valeur des apports et des avantages particuliers. Quelle marche suivra-t-elle pour s'éclairer ? Par qui seront faites la vérification et l'appréciation ?

Tout d'abord il doit être tenu deux assemblées : la première ordonne l'appréciation, sur laquelle prononce la seconde. Pourtant, dans bien des cas, les actionnaires pourront être suffisamment éclairés par un premier examen : la plupart d'entre eux auront peut-être, d'ailleurs, étudié l'affaire ou pris des renseignements avant de souscrire. Est-il alors indispensable de tenir une seconde réunion, et

(1) T. 2, Append. n° 69.

ne pourra-t-on voter séance tenante l'approbation des apports et des avantages particuliers ? M. Bédarride (1) se prononce pour l'affirmative : « dans un cas pareil, dit-il, la délibération ne pourrait être querellée, ni constituer une irrégularité de nature à exercer la moindre influence sur la validité de la société. » Sous l'empire de la loi de 1856, qui ne fixait aucun intervalle entre les deux réunions de l'assemblée de constitution, ce système était soutenable. Les actionnaires pouvaient alors se réunir deux fois dans la même journée, en interrompant leur séance par un court intervalle, qui était censé avoir été consacré par des délégués de la première assemblée à la vérification des apports et des avantages (2). Il y avait là un inconvénient très grave : l'examen devrait être presque toujours superficiel et le vote un peu aveugle. Aujourd'hui ce système est inadmissible : tout d'abord un texte formel (l'art. 4 de la loi de 1867) exige deux réunions, et l'art. 6 frappe de nullité toute société constituée contrairement à cette prescription. D'ailleurs il irait à l'encontre du but même de la loi, exposé par le rapporteur de la Commission du Corps Législatif : « On aurait voulu, disait-il, simplifier le mécanisme créé par la loi, ne pas imposer à la première assemblée, si elle est suffisamment éclairée, la perte de temps et d'argent d'une appréciation faite par des tiers de la valeur de l'apport ou de la cause des avantages stipulés ; on aurait surtout voulu éviter la convocation d'une seconde assemblée générale, destinée à approuver l'appré-

(1) T. II, append. n° 65.

(2) Douai, 22 mai 1865 (S. 66, 2, 13).

ciation prescrite par la première. Mais la réflexion a déterminé votre Commission à maintenir ces restrictions salutaires. Une première assemblée serait trop disposée, en général, là même où tous les éléments en seraient sincères, à tout accepter en aveugle. L'intervention d'une sorte d'expertise, la nécessité d'une convocation spéciale et de l'approbation d'une assemblée nouvelle, tout cela laisse aux esprits le temps de se calmer, à la vérité de se faire jour et d'éviter de regrettables surprises (1). »

Ces paroles nous montrent pourquoi le législateur a trouvé qu'une seule réunion serait insuffisante. On a craint, ici comme ailleurs, l'entraînement, l'enthousiasme du premier moment ; on a voulu placer autant que possible, les actionnaires dans la situation éclairée de toute personne qui contracte, leur assurer le loisir de la discussion et l'occasion d'un débat contradictoire.

Il faut donc, à peine de nullité, qu'il y ait deux assemblées. Quel espace de temps doit s'écouler entre elles ? La loi n'en dit rien et n'en pouvait rien dire, l'assemblée générale n'aurait même pas le droit de fixer un délai. Rien de plus variable, en effet, que le temps nécessaire pour faire la vérification : il dépend d'une foule de circonstances et d'éventualités, qui ne seront pas les mêmes pour chaque société. Mais il résulte de l'art. 4 de la loi de 1667, d'après lequel un rapport imprimé sera tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la convocation de la seconde assemblée, que cet intervalle sera nécessairement toujours supérieur à cinq jours francs. Il ne suffit pas en

(1) V. Rapport.

effet que le rapport soit achevé et imprimé cinq jours avant la réunion de la seconde assemblée, il doit demeurer pendant cinq jours, au siège social ou dans tout autre lieu désigné par l'avis de convocation, à la disposition des actionnaires. Les convocations pour l'assemblée doivent en outre être lancées assez tôt pour permettre à tous ceux-ci, quelle que soit la distance de leur domicile au siège social, de se rendre en personne à la réunion (1).

La loi n'a pas prescrit de forme particulière pour les convocations. Le mode peut en être fixé par les statuts, par lesquels est réglée d'habitude la forme des convocations qui doivent être adressées aux actionnaires pendant le cours de l'entreprise. Suivant un usage ancien et généralement suivi, elles se font ordinairement par la voie de la presse. Mais dans quels journaux devra être inséré l'avis de convocation ? Combien de fois devra-t-il l'être ? Dans le silence de la loi, c'est là une pure question d'appréciation pour les Tribunaux. Une seule insertion pourrait à la rigueur suffire, mais il sera toujours prudent pour les intéressés, afin de dégager leur responsabilité, de faire la plus large publicité possible. Le plus sûr d'ailleurs sera de régler dans les statuts le mode de convocation des assemblées.

Une convocation par la voie des journaux, qui peut être prévue par les statuts pour les réunions annuelles ordinaires, est la seule praticable quand les actions peuvent être au porteur. Est-elle suffisante pour les assemblées constitu-

(1) PONT, nos 985 et 993 ; HOUPIŒ, t. I, nos 149 et 151 ; BOISTEL, n° 256 ; DALLOZ, J. G. V° Société. S. n° 1297.

tives, où chaque souscripteur, quel que soit le nombre de ses actions, a voix délibérative, et alors que d'autre part les titres sont encore nominatifs ? D'ordinaire, le gérant convoque dans ce cas les souscripteurs par la poste au moyen de circulaires ; mais, la loi ne précisant rien, ce mode, tout en étant recommandable, ne saurait être considéré comme obligatoire. Aussi les fondateurs pourront adopter celui qui leur semblera le plus convenable.

Une seule convocation est insuffisante pour les deux assemblées. La question était douteuse et même le contraire avait été jugé sous l'empire de la loi de 1856, muette à ce sujet (1). Mais l'art. 4 de la loi de 1867 exige formellement une nouvelle convocation pour la seconde réunion.

Les deux assemblées, ou plus exactement les deux réunions de l'assemblée de constitution, n'ont pas les mêmes fonctions, et c'est là un motif de plus pour que l'une ne puisse pas se passer de l'autre. A la première, les actionnaires ne peuvent émettre aucun vote décisif, prendre aucun engagement. Quel sera donc l'objet de cette première réunion ? Ce sera de prendre connaissance des apports, de la valeur qui leur est attribuée par les apporteurs, et des prétentions émises par ceux-ci. Les actionnaires entendront les explications des fondateurs, leur poseront des questions, discuteront, s'éclaireront en un mot par tous les moyens en leur pouvoir.

La loi de 1867, comme celle de 1856, ne dit rien de la façon dont s'opérera la vérification ordonnée par la

(1) Douai, 22 mai 1865 (S. 66. 2. 13).

première assemblée. Dans le cours de la discussion, M. de Saint-Paul proposa au Corps Législatif un amendement ordonnant, comme mesure obligatoire, la nomination par la première assemblée générale d'une commission de contrôle, composée de trois membres, pris soit dans son sein soit au dehors, avec mission de faire un rapport, signé, imprimé, et tenu à la disposition de tous les actionnaires. C'était trop préciser les formes de vérification, enfermer les sociétés dans une réglementation trop étroite. Aussi la Commission de la Chambre n'adopta pas la première partie de cet amendement, qui fut combattue en ces termes par le rapporteur : « Du moment où la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport. . . . elle est libre de désigner trois personnes, un moindre ou plus grand nombre, prises soit dans son sein, soit au dehors. Pourquoi gêner sa liberté et l'astreindre à nommer plusieurs appréciateurs, si un seul lui paraît suffisant, ou si cinq lui semblent nécessaires ? » (1).

Par contre la Commission fit bon accueil à la seconde partie de l'amendement, c'est-à-dire à l'obligation de mettre à la disposition des actionnaires un rapport imprimé. Elle alla même plus loin en demandant que ce rapport fût mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée : toutes ces propositions ont passé dans la loi.

Comment la première assemblée générale fera-t-elle « apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés ? » Aucune règle ne peut être formulée à ce sujet,

(1) V. rapp. supplém.

la valeur des apports tenant à des causes essentiellement variables, et leur appréciation étant nécessairement relative. Par exemple, s'il s'agit d'une industrie, cette appréciation doit être faite en prenant pour base, non le prix de revient de chacun des éléments qui la composent, mais son ensemble, le résultat qu'on attend de son exploitation, sa situation, sa nature, les espérances de succès qu'on peut légitimement concevoir, l'organisation spéciale qui la distingue des autres industries similaires, les avantages qu'elle présente ou procure comparée à ces dernières, en un mot tout ce qui, en sus de son prix d'édification, doit lui donner une valeur propre et spéciale (1).

Il a été jugé notamment qu'en matière de mines et de carrières, les aléas sont tellement considérables que l'on peut, sans exagération, concevoir la possibilité de très grands bénéfices (2).

Mais cette appréciation, la société la fera-t-elle par elle-même ou par des experts ? La loi n'a pas précisé, et à dessein, le rejet de l'amendement de M. de Saint Paul semble l'indiquer. En effet, si le mode proposé ne paraissait pas satisfaisant à la Chambre, elle pouvait en adopter un autre. Dans le silence de la loi, la première assemblée générale aura toute latitude pour organiser le contrôle. Si elle croit pouvoir se procurer à elle seule tous les renseignements qui lui sont nécessaires pour le rapport, elle est libre de se réserver à elle-même le soin d'opérer la vérification,

(1) Nantes, 11 décembre 1897 (Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes, 97, 1. 321).

(2) Nantes, 9 octobre 1897 (J. de N. 98. 1. 97).

sans la confier à des personnes étrangères à la société. Observons toutefois que dans ce cas il lui sera en fait difficile de se consacrer tout entière à ce travail. Si au contraire elle s'estime incompétente ou insuffisamment éclairée, si les lumières de spécialistes lui semblent indispensables, elle nommera des experts qui pourront être choisis ou non parmi les actionnaires.

Dans la pratique, l'assemblée générale nomme un ou plusieurs commissaires-vérificateurs, qui dressent le rapport exigé par la loi (1). Il a été jugé que le rapport présenté par un seul commissaire, alors que l'assemblée en a nommé deux, est nul et entraîne la nullité de la société (2).

La seconde assemblée doit être séparée de la première par un intervalle d'au moins cinq jours. La loi a voulu éviter ainsi la vérification superficielle, et même illusoire, qui se pratiquait si souvent sous l'empire de la loi de 1856, d'après laquelle on pouvait tenir les deux assemblées le même jour. Cette procédure trop expéditive respectait peut-être la lettre de la loi, mais elle en violait ouvertement l'esprit. La loi de 1867 ne veut pas d'un simulacre de vérification, et, afin d'éviter les surprises et d'empêcher les fraudes trop faciles, elle exige que le rapport de la première assemblée soit imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la seconde. C'est là une mesure fort sage, qui appelle l'attention des intéressés sur le rapport, les pousse à en prendre connaissance

(1) D'après M. BEUDANT, les experts nommés par l'assemblée des actionnaires ne prêteront pas serment.

(2) Douai, 7 février 1895 (*Revue des Sociétés*, 1895, p. 286).

et à émettre ensuite leur vote en pleine connaissance de cause.

La loi n'entre dans aucun détail sur la façon dont le rapport doit être mis à la disposition des actionnaires. Pour mieux protéger les souscripteurs que ces formalités ont pour but de garantir, on pourrait soutenir que les fondateurs doivent adresser le rapport au domicile de chaque actionnaire, mais ce serait ajouter au texte. Tout ce qu'on peut exiger, c'est qu'il soit déposé au siège social. Dans la discussion de la loi de 1867, la Commission, par l'organe de son rapporteur, fit observer qu'il s'agissait là d'une mesure identique à celle prescrite par les articles 12 et 35 du projet. Or, ces articles sont ceux qui autorisent les actionnaires à prendre « au siège social » communication du bilan et des inventaires. Si la société n'a pas encore de siège social, les fondateurs devront, pour se conformer à l'esprit de la loi, indiquer le lieu où le rapport a été déposé.

Cette formalité est de celles qui sont prescrites par l'article 7 à peine de nullité de la société. Il est donc utile d'en constater l'accomplissement d'une manière irrécusable et en quelque sorte authentique. Un moyen simple et très pratique permet de le faire : on peut en mentionner l'accomplissement dans le procès-verbal de la seconde assemblée.

Mais cette mention n'est nullement indispensable, et, dans le silence du procès-verbal, il faut admettre que les formes légales ont été observées et que le rapport a bien été mis dans le délai voulu à la disposition des actionnaires. Il a été jugé que lorsqu'un rapport imprimé sur la valeur des

apports en nature a été produit par le commissaire-vérificateur à l'assemblée générale, il est à présumer, en l'absence de protestations de la part des actionnaires présents, que ce rapport a été mis à la disposition des actionnaires, conformément à la loi, cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale (1).

La seconde réunion aura donc pour mission d'approuver le rapport rédigé par les commissaires nommés par la première. En quoi consiste ce rapport ? Il contient, nous dit M. Pont, « le compte rendu des travaux de vérification et d'appréciation, fait pour mettre les souscripteurs réunis en mesure de délibérer et de se prononcer. » Si, par exemple, un associé a fait l'apport d'un immeuble ou d'un brevet d'invention, le rapport dira quelle est la valeur de l'immeuble ou du brevet et combien on peut accorder d'actions à l'apporteur. S'il s'agit d'un apport d'industrie, il dira à combien est estimé le travail de cette personne et quelle part du capital social on peut lui reconnaître. Quant aux avantages particuliers, c'est encore le rapport qui indiquera si leur cause est légitime et si les associés qui les ont stipulés à leur profit les méritent.

La loi, n'ayant nullement réglé le mode de vérification, ne désigne pas le rapporteur ; mais il n'est pas difficile de suppléer, à son silence : la première assemblée ayant été chargée de faire le rapport, c'est évidemment un de ses membres qui doit en donner lecture à la seconde. Si la première assemblée a choisi dans son sein une commis-

(1) Paris, 12 décembre 1889 (*Revue des Sociétés*, 1890, p. 179). Cf. Orléans, 14 juin 1893 (*Revue des Sociétés*, 1893, p. 521).

sion, les membres de cette commission nommeront le rapporteur.

Remarquons enfin que la vérification des apports doit être sincère et efficace ; il a été jugé en effet qu'il y a lieu à nullité de la société, à la demande des créanciers sociaux, intéressés à la réalité desdits apports, si les apporteurs, fondateurs et vérificateurs ont affirmé des faits qu'ils savaient inexacts, et cachés des faits connus d'eux, qui, s'ils avaient été révélés aux actionnaires, les auraient empêchés de donner leur approbation aux apports (1).

§ V. — COMPOSITION DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

Avant de nous occuper des résultats qu'entraîne le vote des actionnaires réunis pour statuer sur les apports et les avantages particuliers, il faut examiner l'organisation des assemblées, voir comment elles doivent fonctionner et à quelles majorités les décisions doivent être prises.

Et d'abord quels actionnaires ont voix délibérative ? Tous, à l'exception de ceux qui ont fait les apports ou stipulé les avantages à apprécier (art. 4 de la loi du 24 juillet 1867). Cette disposition est très juste, car nul ne peut être à la fois juge et partie, et la loi a attaché une importance extrême à l'exclusion de ces actionnaires, car ils auraient souvent représenté à eux seuls une portion très importante du capital social. Aussi, bien qu'un paragraphe du même article, établissant le calcul de la majorité sur le capital en numéraire, eût suffi

(1) Cass., 10 novembre 1897 (D. P. 99. 1. 529).

pour leur ôter le droit de vote, a-t-on ajouté au texte une disposition formelle, ne laissait aucune prise au doute. Ils ont le droit d'assister aux assemblées, d'y exposer et d'y défendre leurs droits, mais ne peuvent prendre part au vote. Devant une prohibition aussi absolue, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que les associés dont les apports ou les avantages sont soumis à l'assemblée générale n'ont pas voix délibérative, même quand ils joignent à leur qualité d'apporteurs en nature, celle de souscripteurs en numéraire (1). Il n'y aura pas à tenir compte, dans ce cas, du capital souscrit par eux en espèces, pas plus que du nombre de leurs actions. Et il importe peu, à cet égard, que le nombre des actions formant la totalité du capital susceptible d'être représenté appartienne à un seul souscripteur (2). Dans la pensée de la loi, en effet, ceux-là seuls doivent être admis à voter dont le vote est entièrement désintéressé. Or, même quand il est porteur d'actions par lui souscrites, l'associé qui a fait un apport ou stipulé un avantage n'est pas dans des conditions suffisantes de désintéressement (3).

Mais, si cet associé ne peut prendre part à la vérification de ses apports ou de ses avantages personnels, ne peut-il, du moins, prendre part à cellé des apports ou des avantages des autres associés ?

(1) Cass. Req. 22 février 1886 (D. P. 88. 1. 297) ; Trib. comm. Seine, 12 août 1891. (*Le Droit* du 12 septembre 1891) ; Paris, 17 septembre 1891 (D. P. 95. 1. 151).

(2) Paris, 3 mars 1896 (D. P. 96. 2. 516).

(3) DALLOZ, J. G. v^o Société, Rép. n^o 1419. Supp. n^o 1300 ; PONT, t. II, n^o 1008 ; RIVIÈRE, n^o 47 ; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n^o 45 ; VAVASSEUR, *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, t. I, n^o 419 ; ALAUZET, n^o 651 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 712 ; HOUPIN, t. I, n^o 158.

La question est controversée.

Un premier système, fondé sur l'esprit de la loi de 1867, prétend que l'exclusion est absolue. Dans les commandites par actions, dit-on, d'après l'art. 4, la majorité approbatrice doit comprendre le quart du capital social en numéraire, et dans les sociétés anonymes, d'après l'art. 30, l'assemblée doit être composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social, ou plutôt de la partie de ce capital composée des apports non soumis à la vérification. Le législateur semble donc bien avoir eu l'intention d'exclure complètement les apporteurs en nature, guidé toujours en cela par la crainte d'une majoration excessive résultant de l'entente qui pourrait intervenir entre eux.

Ce système trop rigoureux n'a cependant pas triomphé, et la jurisprudence décide que l'incapacité des associés apporteurs ou avantagés dans les assemblées constitutives des sociétés par actions est relative, et entraîne, pour chacune de ces catégories d'actionnaires, l'obligation de s'abstenir seulement dans le scrutin auquel cette catégorie est particulièrement intéressée. Un fondateur avantagé, par exemple, pourra concourir au vote relatif à l'approbation des apports auxquels il est étranger, pourvu qu'il s'abstienne lors de l'approbation des avantages particuliers auxquels il participe (1). M. Pont justifie en ces termes le système de la Cour de Cassation : « Ce que le législateur a voulu, ce qu'il a dû vouloir, c'est exclure

(1) Civ. rej. 20 janvier 1892 (D. P. 92. 1. 229) ; Paris, 17 janvier 1894 (D. P. 95. 1. 150).

le concours ou la participation des associés aux délibérations de l'assemblée relatives à l'appréciation et à l'approbation de leurs propres apports ou des avantages stipulés à leur profit. Et la raison de l'exclusion ainsi limitée est manifeste et se déduit d'elle-même. On aperçoit là des intérêts opposés : l'intérêt collectif de la société, que la loi appelle à exercer un droit de contrôle, et l'intérêt individuel d'un associé, dont les déclarations et les évaluations constituent précisément l'objet sur lequel ce droit de contrôle va être exercé. Mais il n'y a rien de semblable dans le cas proposé (qui est celui de l'espèce ci-dessus). Loin d'être contraire à l'intérêt collectif de la société et des souscripteurs d'actions, l'intérêt de l'un des apporteurs est absolument le même, lorsque l'assemblée générale statue sur l'approbation des apports de l'autre... C'est assez qu'il soit écarté du vote quand l'assemblée statuera sur ses propres apports. Dans son esprit, sinon dans sa lettre, la disposition prohibitive de la loi ne saurait être considérée comme allant au delà (1).

Cependant, tout en admettant le système de la jurisprudence, dans le cas où plusieurs associés font un apport indivis, ceux qui ont souscrit des actions payables en argent ne peuvent pas prendre part, en leur qualité de souscripteurs en numéraire, même au vote concernant l'apport de leurs copropriétaires (2). L'apport, en effet, est

(1) *Des sociétés commerciales*, t. II, n° 1009.

- Cf. BOISTEL, n° 256 ; RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de Droit commercial*, V° Société en commandite, n° 137 ; HOUPIŒ, t. I, n° 158.

(2) Cass. req. 22 février 1888 (D. P. 88. 1. 297).

alors unique, bien qu'effectué par plusieurs associés, et aucun de ceux-ci, ayant le même intérêt que les autres, ne peut prendre part au vote, non seulement pour sa quote-part dans la propriété commune, mais encore pour celle de chacun des autres associés, la valeur de chacune de ces quotes-parts ne pouvant être fixée sans que la valeur des autres le soit également.

Si, malgré la prohibition légale, des associés apporteurs ou avantagés ont participé au vote, la délibération de l'assemblée sera-t-elle nulle, ce qui entraînerait la nullité de la société elle-même? On a soutenu que la délibération serait valable à condition que la majorité approbatrice, déduction faite des apporteurs, fut supérieure au quorum légal, en exceptant toutefois le cas où des manœuvres frauduleuses, de nature à compromettre l'indépendance et la sincérité des votes, se seraient produites (1). Mais il est beaucoup plus conforme au texte et à l'esprit de la loi d'admettre que toute infraction aux prohibitions légales entraîne la nullité absolue de la délibération. Dans ce cas, la société elle-même doit être annulée, même si l'approbation des apports a eu lieu à l'unanimité des actionnaires qui n'ont pas fait d'apports en nature (2).

(1) HOUPIN, t. I, n° 158.

Paris, 17 novembre 1891, et sur pourvoi Cass. civ. 6 novembre 1894 (D. P. 95. I. 151);

Cass. req. 20 juin 1898 (D. P. 99. I. 233);

Cass. req. 18 octobre 1899 (D. P. 99. I. 567).

(2) Angers, 27 juillet 1887, et sur pourvoi Cass. req. 22 février 1888 (D. P. 88. I. 297).

§ VI. — MAJORITÉS REQUISES DANS LES ASSEMBLÉES
GÉNÉRALES

Maintenant que l'assemblée des actionnaires est réunie, elle va délibérer et prendre des décisions ; pour que ces décisions soient valables, elles doivent être prises à une certaine majorité. Nous nous occuperons seulement dans ce chapitre de la majorité requise dans les sociétés en commandite par actions, réservant pour plus tard l'étude des quelques dispositions qui ne sont pas applicables aux deux sortes de sociétés, mais sont spéciales aux sociétés anonymes.

Au point de vue du calcul de la majorité, la loi de 1867 n'a innové en rien. Comme la loi de 1856, elle exige la majorité des suffrages des membres présents, comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire. Ces prescriptions donnent lieu à plusieurs observations.

Tout d'abord elles ne s'appliquent, comme on l'a reconnu dans la discussion de la loi de 1856 au Corps Législatif, qu'au cas spécial de la vérification des apports. Par suite, après la constitution de la société, les statuts pourront régler comme ils l'entendront les conditions de composition des assemblées générales, le nombre d'actions dont il faudra être propriétaire pour en faire partie, etc. Ce que la loi règle ici, c'est l'organisation des réunions préparatoires qui ont précisément pour but de déterminer la constitution de la société, constitution d'où dépend l'existence même des statuts.

En déclarant que la majorité sera formée par les actionnaires *présents*, la loi indique que chaque souscripteur, n'eût-il qu'une seule action, aura sa voix. Peu importe, comme dans l'observation précédente, et pour les mêmes raisons, le nombre de voix accordé proportionnellement au nombre d'actions par des statuts qui ne sont encore qu'à l'état du projet, et par suite ne sont pas applicables. L'assemblée n'est pas encore composée d'associés, mais d'individus qui discutent et vérifient les bases du contrat qui doit les unir. Toutes les volontés sont donc égales : la déclaration en fut formellement faite au Corps Législatif, lors de la discussion de la loi de 1856. C'est le suffrage universel introduit dans les assemblées d'actionnaires, mais il n'y a pas lieu de le regretter : c'était le seul moyen d'empêcher les abus dont on voulait prévenir le retour, car à l'origine les fondateurs et leurs amis auraient pu se partager un grand nombre d'actions et emporter facilement la majorité, si l'on avait écarté les petits souscripteurs. D'ailleurs la loi a sagement évité l'écueil contraire, et, en exigeant que la majorité comprenne le quart du capital social en numéraire, a empêché qu'un certain nombre de petits souscripteurs, représentant un capital infime, puissent émettre un vote valable.

Mais un autre inconvénient peut exister. Le souscripteur d'un grand nombre d'actions ne pourra-t-il pas les distribuer à des créatures, qui lui assureront la majorité ? Cela est peu à craindre, car les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération, et ne sont négociables qu'après le versement du quart : elles ne peuvent donc changer de propriétaire, avant cette époque, qu'au

moyen du transport, et par les lentes formalités du droit civil.

Remarquons que malgré les termes de l'art. 4 : « actionnaires *présents* », ceux-ci pourraient se faire représenter par des mandataires, car le mandat est permis en toute matière, à moins d'une prohibition formelle de la loi. L'observation, faite au Corps Législatif, n'y a soulevé aucune contradiction, et l'opinion contraire, soutenue par un auteur (1), semble être le résultat d'une inadvertance.

A propos de cette représentation par des mandataires, il est intéressant de se demander si les apporteurs en nature ou les associés avantagés, qui ne peuvent prendre part au vote pour leur compte personnel, peuvent y participer comme fondés de pouvoirs de souscripteurs en numéraire ? La jurisprudence admet l'affirmative, en se fondant sur ce principe que la régularité des actes d'un mandataire doit être appréciée eu égard, non à sa capacité propre, mais à celle de son mandat (art. 1990 C. c.). Il a été jugé que « dans une société par actions, un fondateur apporteur, bien que personnellement privé du droit de suffrage dans les scrutins relatifs aux apports, peut valablement prendre part à ces scrutins en qualité de mandataire d'un associé non apporteur, lequel avait, aux termes des statuts, le droit de voter à l'assemblée générale par un fondé de pouvoirs, sous la seule condition que celui-ci serait pris parmi les associés (2). » Il semble cependant difficile d'admettre, avec les partisans de ce système, qu'une même

(1) M. BRAVARD, p. 35.

(2) Civ. rej. 20 janvier 1892 (D. P. 92. 1. 129).

personne puisse se dédoubler en apporteur et en mandataire. Elle se trouverait ainsi prise la plupart du temps entre son intérêt personnel et celui de son mandant, et devrait sacrifier le premier au second. Cette situation est inadmissible, et pourrait d'ailleurs prêter à des fraudes : l'esprit sinon le texte de la loi suffit pour faire rejeter le système.

On a émis des doutes sur la possibilité de réunir une assemblée assez nombreuse pour former la majorité légale. Mais ces craintes sont ordinairement exagérées, et, l'expérience le démontre chaque jour, à l'origine d'une entreprise quelle qu'elle soit, le zèle ne fait jamais défaut. D'ailleurs une souscription, appuyée du versement du quart sur chaque action, est une chose assez sérieuse, et engage suffisamment les intérêts des actionnaires pour que ceux-ci ne se désintéressent pas de la constitution de la société. Supposons cependant que l'assemblée ne soit pas en nombre suffisant pour délibérer : qu'en résultera-t-il ? La loi, nous le verrons plus loin, a prévu le cas, dans l'art. 30, pour les sociétés anonymes, mais non pour les sociétés en commandite par actions. Aussi deux systèmes contraires sont-ils soutenus sur ce point. D'après l'un, s'il est impossible d'expliquer la différence ainsi créée par la loi entre les deux sortes de sociétés, il faut reconnaître que cette différence existe, et que la faveur de se constituer à la suite d'une nouvelle convocation de l'assemblée est refusée à la commandite. La prescription de l'art. 4 doit donc être rigoureusement exécutée, et la constitution est impossible si les souscripteurs ne se présentent pas dans les conditions requises de nombre et de capital. Autrement, comme le

remarque le rapporteur de la loi de 1867, on aboutirait à une impasse, l'art. 4 n'ayant pas prévu la convocation d'une nouvelle assemblée et les conditions de son fonctionnement. L'impossibilité de réunir, après une seule convocation, les majorités exigées par l'art. 4, équivaldrait donc à un refus d'approbation tacite des apports et des avantages particuliers, et entraînerait la nullité de la société à l'égard de toutes les parties (1).

Ce système est si rigoureux que ses partisans mêmes ne le soutiennent pas avec toute la rigueur qu'il paraît comporter au premier abord. Et M. Mathieu avoue « qu'il serait bien dur, cependant, là où une nouvelle assemblée convoquée réunirait le nombre d'actions et la somme de capital exigés par la loi, de considérer la société comme annulée de fait. » Et il incline à penser que dans ce cas les tribunaux devraient la maintenir. « La présence des actionnaires et la double délibération protesteraient contre la supposition d'une désertion du projet de société (2) ».

Mais il nous semble qu'il faut aller plus loin, et, sans se contenter de cette concession, admettre un second système que le silence du texte permet de soutenir, et qui n'est nullement contraire à l'esprit de la loi. Il faut qu'il y ait délibération, et vote d'approbation ou de rejet ; jusque-là le gérant et les souscripteurs sont liés, et les engagements subsistent malgré l'insuffisance d'une seconde ou d'une troisième réunion. En déclarant la société nulle, faute de réunir les majorités requises, on supplée à la loi, qui ne

(1) MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 46.

(2) *Loc. cit.*, note.

parle que d'un vote effectif. Et si l'on admet comme certain, et il est difficile de ne pas l'admettre, que l'insuffisance de la première réunion n'équivaut pas à un vote de rejet, on est conduit fatalement à dire que celle des assemblées suivantes n'aura pas plus d'effet. Mais alors on pourra réunir des assemblées à l'infini, sans sortir de l'impasse ? Non, car il faudrait pour cela de la part des actionnaires un refus systématique de se réunir, et alors ces abstentionnistes formeraient une majorité dont l'intérêt évident serait de se présenter à une réunion, pour en finir tout de suite par un vote de rejet et retirer ses versements. L'intérêt personnel sera donc suffisant pour amener à la seconde réunion un nombre suffisant de votants.

D'ailleurs les statuts pourraient déclarer la société dissoute pour le cas où la deuxième ou la troisième réunion resteraient sans résultat. Mais les statuts ne pourraient-ils pas décider qu'à cette deuxième ou troisième réunion la délibération sera valable, bien que les majorités en nombre et en capital soient inférieures à celles exigées par l'art. 4 ? En aucun cas, car les prescriptions de cet article sont sanctionnées par une nullité d'ordre public (art. 7), et par suite les conventions ne peuvent y déroger.

Aussi, dans le cas où la persistance de l'abstention rendrait la constitution impossible (1), les fondateurs et les souscripteurs seront déliés de leurs engagements, et, si les statuts ont omis de prévoir le cas, les tribunaux devront prononcer la rupture du contrat. Dans cette hypothèse

(1) VAVASSEUR, t. I, n° 422. — Cf. DALLOZ, R. V° société, n° 1201 ;
FOUREIX, n° 143.

invraisemblable, et que nous étudions seulement au point de vue de l'intérêt théorique, les fondateurs sont tenus de rendre aux souscripteurs et leur signature et le montant des versements opérés par eux. Mais qui supportera les frais, souvent considérables, de la publicité et des actes faits en vue d'une constitution devenue impossible ? M. Foureix les laisse à la charge des fondateurs (1). Cette solution est injuste si la société ne peut se former par suite de l'abstention des souscripteurs. Leur négligence est la cause d'un dommage dont ils doivent réparation, et il est équitable que cette réparation consiste au moins dans le remboursement des dépenses faites en pure perte par leur faute. Les statuts pourraient légalement statuer sur ce point, et mettre les frais, par une clause parfaitement licite et obligatoire, à la charge de tous les souscripteurs ou des récalcitrants seulement.

Pour en finir avec l'organisation des assemblées constitutives ; il suffit de constater que la loi n'a pas réglé la manière de voter et de recueillir les votes, ce qui n'offre pas d'ailleurs un grand intérêt. On se conforme généralement aux usages.

§ VII. — QUELLES DÉCISIONS PEUT PRENDRE LA SECONDE ASSEMBLÉE

La seconde assemblée a pour objet de se prononcer sur le résultat des vérifications ordonnées, résultat porté à la connaissance des actionnaires par le rapport imprimé mis

(1) n° 144.

Cf. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1200 ; BÉDARRIDE, n° 114 ; PONT, n° 1020.

à leur disposition depuis cinq jours au moins. Ce rapport expose les constatations et les calculs des commissaires vérificateurs, et, dans ses conclusions, propose l'approbation ou le rejet de la valeur accordée par l'acte de société aux apports en nature ou aux avantages particuliers.

Cette assemblée peut prendre trois décisions différentes : 1^o approuver les apports et les avantages tels qu'ils ont été proposés ; 2^o les rejeter ; 3^o les approuver en les modifiant.

1^o Approbation pure et simple

Si l'approbation a lieu, il n'y a plus qu'à nommer le premier conseil de surveillance pour que la société soit définitivement constituée. Avant l'approbation, en effet, un engagement existait bien entre les souscripteurs et les apporteurs, mais c'était un engagement conditionnel, subordonné aux résultats de la vérification. Avec l'approbation, la condition se trouve accomplie et le contrat parfait. Il serait nul, au contraire, dès l'origine, en cas de rejet.

Une copie certifiée des délibérations de l'assemblée générale est déposée, avec l'acte constitutif, aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix du lieu où la société est établie, et un extrait publié dans les journaux (Art. 55 et 56 de la loi de 1867).

Quand les apports et les avantages ont été approuvés par l'assemblée générale, le vote consacre l'existence de la société, et chacun des associés, apporteurs et souscripteurs, se trouve lié d'une façon indissoluble. La valeur des apports, la cause et l'étendue des avantages ne peuvent

plus être remis en question devant les Tribunaux. Il est cependant un cas, passé sous silence par la loi de 1856, et où la constitution n'est pas définitive : c'est le cas de fraude ou de dol. Observons toutefois que, même sous l'empire de la loi de 1856, une action fondée sur la fraude ou le dol aurait pu réussir. Il n'est pas besoin d'une disposition législative pour appliquer le principe : *fraus omnia viciat*. Mais la loi de 1867 le réserve formellement. « L'approbation, dit l'art. 4, ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. » En effet, malgré les nombreuses mesures de précaution que nous avons déjà rencontrées, les actionnaires ont pu être trompés. Le consentement surpris est alors nul, par application des principes du droit commun (art. 1109 et 1116 C. civ.). Si l'action est admise, les souscriptions sont annulées, et par suite la société elle-même (1). Toutefois les Tribunaux se montreront difficiles pour admettre l'action de dol, précisément à cause des nombreuses garanties fournies par la loi : double réunion de l'assemblée, examen de la Commission, rapport imprimé. L'évaluation exagérée des apports et des avantages, même évidente, doit être maintenue si le gérant et les fondateurs n'ont pas usé de manœuvres caractérisées pour les obtenir (2). Les actionnaires doivent se livrer à un examen sérieux, et s'ils se trompent eux-mêmes parce qu'ils en ont

(1) PONT. t. II, n° 1016 ; VAVASSEUR. t. I, n° 412 ; LYON-CAEN et RENAULT. t. II, n° 717 ; HOUPIŒ. t. I, n° 155.

(2) C. civ. art. 1116 ; Paris, 2 août 1890 (*Revue des Sociétés*, 1891, p. 150) ; Nantes, 28 janvier 1888 (Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes, 88. 1. 81) et 11 décembre 1897 (J. de N. 97. 1. 321 et 327).

fait un superficiel, ils ne doivent pas s'en prendre à d'autres. La décision de l'assemblée générale est souveraine. Elle a, dit M. Pont, « l'autorité de la chose jugée (1). »

Ce que nous venons de dire est vrai de l'action intentée pour cause de dol par les souscripteurs en numéraire contre les apporteurs en nature. Il n'en est plus de même quand l'action en dommages-intérêts est dirigée par des cessionnaires de titres contre les apporteurs et les souscripteurs, réunis en une sorte de syndicat pour tromper les acheteurs d'actions.

Ceux-ci peuvent poursuivre la séparation du préjudice qui leur est causé par une action personnelle, individuelle, fondée sur l'article 1382 du Code civil. La recevabilité de la demande n'est pas alors subordonnée à l'annulation de la société, et les apports et avantages, bien que régulièrement approuvés, peuvent être ramenés à leur juste valeur (2).

La loi de 1867 ne prévoit que le dol, mais il y a d'autres cas où la société pourrait être annulée après l'approbation de l'assemblée générale. Le texte, à cet égard, est énonciatif, non restrictif. S'il avait été commis une erreur sur la substance de l'objet faisant partie de l'apport, ou des erreurs de calcul, les souscripteurs pourraient arguer de nullité la délibération, par application des principes du droit commun (3). Mais toutefois l'erreur, pour servir de

(1) N° 1018.

(2) Civ. rej. 18 février 1889 (D. P. 89. 1. 309).

(3) PONT, n° 1017; VAVASSEUR, t. I, n° 413; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 717; HOUPIN, t. I, n° 155.

base à une action, devrait atteindre des proportions considérables.

Au contraire la lésion ne constituerait pas un cas de nullité. Les actionnaires sont majeurs, et les majeurs sont admis très rarement à faire valoir la rescision pour cause de lésion. C'est là une voie de recours exceptionnelle, et la délibération de l'assemblée ne pourrait être attaquée à raison du seul fait de l'exagération des apports ou avantages, s'il n'était justifié d'un dol, d'une fraude, ou d'une erreur sur la substance.

Si le dol consistant à majorer un apport réel peut conduire à l'annulation de la délibération, et par suite à celle de la société elle-même, *a fortiori* en est-il de même du dol consistant à faire croire à la réalité d'un apport fictif. Il ne peut, en effet, exister de société sans mise sociale (C. civ., art. 1832 et 1833.)

2° Refus d'approbation

Si l'assemblée générale refuse son approbation, il y a lieu d'appliquer l'art. 4 § 6 : « A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » Elle sera nulle par suite aussi bien vis-à-vis des apporteurs que des souscripteurs. Les premiers avaient consenti à s'engager, mais seulement si leurs apports étaient reçus avec la valeur qu'ils leur attribuaient. Quant aux autres, ils n'avaient entendu s'obliger envers la société que s'il y en avait une, et, le vote de l'assemblée ayant empêché la constitution, la société n'a jamais existé : il n'y a eu qu'une tentative de formation.

Dans ce cas le quart du capital versé doit être restitué intact aux souscripteurs (1). Les actionnaires ne doivent supporter aucune partie des frais occasionnés par l'essai de constitution. C'est la conséquence nécessaire de l'inexistence de la société, qui n'a pu imposer d'obligations à personne : « *quod nullum est nullum producit effectum.* » Si l'on retenait aux souscripteurs une part des frais sur leur versement du quart, on ferait produire un effet à une société qui n'a jamais existé, ce qui est impossible. Aussi la plupart des auteurs sont-ils d'accord pour laisser les frais à la charge des fondateurs, qui ont engagé l'affaire à leurs risques et périls (2). La commission du Corps Législatif de 1867 s'exprimait dans le même sens : « Si l'approbation manque, nul lien n'existe, pas plus dans le passé que dans le présent et l'avenir. Souscripteurs sans condition, les actionnaires n'ont pas même à se préoccuper des frais exposés par ceux qui sont venus solliciter un concours qui s'est refusé à leurs désirs. » On a même été plus loin et certains ont soutenu que ce serait porter atteinte à la liberté des souscripteurs que de mettre les frais à leur charge, même pour partie : d'après eux la clause des statuts qui le ferait serait nulle. Nous croyons cependant qu'une pareille clause n'a rien d'illicite, et par elle les souscripteurs sauraient d'avance la perte à laquelle ils s'exposent, si la société ne parvient pas à se constituer (3).

Une question inverse se pose : les souscripteurs ont-ils

(1) V. *suprà*, p. 78, pour le cas où l'impossibilité de la constitution résulte de la négligence des souscripteurs.

(2) PONT, p. 159; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 51; BÉDARRIDE, n° 114.

(3) V. à ce sujet un article de M. BEUDANT. *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 154.

droit aux intérêts des sommes versées ? En règle générale, non. Il est certain que les capitaux versés par eux ne sont pas de plein droit productifs d'intérêts. Mais si ces intérêts étaient prévus dans l'acte de société, ou par une convention spéciale entre fondateurs et souscripteurs, ils seraient dus. Ils le seraient également, d'après la règle générale, au cas de retard dans la constitution du versement, à partir de la demande en justice, et même, depuis la loi du 7 avril 1900, d'une simple sommation.

3° Approbation avec modifications

Dès que le rapport soumis aux actionnaires constate un déficit dans l'évaluation donnée aux apports, ou une exagération dans les avantages particuliers, doit-il nécessairement conclure à la non-approbation ? Ne peut-il au contraire proposer à l'assemblée générale de les approuver en les réduisant à leur juste valeur, si les intéressés consentent à cette réduction ? En d'autres termes la seconde assemblée a-t-elle uniquement le droit d'opter entre l'approbation et le refus purs et simples, ou peut-elle, aux mêmes conditions de majorité, réduire les apports et les avantages ? Dans le silence du texte, la question est délicate à résoudre.

Si l'on s'appuie seulement sur les principes généraux, la négative s'impose : les conditions primitives de la souscription seraient alors modifiées, et un nouveau contrat se substituerait à l'ancien, ce qui exigerait le consentement unanime des souscripteurs, à moins que les statuts, prévoyant le cas, n'aient donné à la majorité les pouvoirs

nécessaires (1). Puis, d'après l'art. 4 de la loi de 1867, à défaut d'approbation, la société reste sans effet, ce qui veut dire que l'assemblée ne peut qu'approuver ou rejeter ; toute autre décision lui est interdite, et elle n'a pas le pouvoir de faire une sorte de transaction. On ajoute enfin dans ce sens que l'intérêt des souscripteurs exige que l'assemblée ne puisse pas discuter avec les apporteurs la valeur des apports. Quelle sécurité présente une société qui débute par un essai de fraude de la part des fondateurs ? Chacun doit être libre de ne plus rester engagé envers eux (2).

A l'appui de la doctrine contraire les arguments ne manquent pas. On peut d'abord invoquer l'adage : « qui peut le plus peut le moins. » Il est certain que si l'assemblée générale a reçu de la loi le pouvoir d'approuver le chiffre intégral de l'apport, elle peut, *a fortiori*, accepter un chiffre moindre. Ce n'est pas là une transaction, mais un acte nécessaire, dérivant de son droit d'appréciation. D'ailleurs la loi exige qu'il y ait deux assemblées ; tout actionnaire peut s'y rendre, et ceux qui n'y vont pas s'en remettent tacitement, pour les décisions à prendre, à ceux qui y assistent. En exigeant la présence de l'unanimité des actionnaires, on eût rendu la constitution impossible par suite de l'entêtement ou de la malveillance d'un seul actionnaire. D'autre part, l'assemblée, autorisée par la loi à approuver ou à rejeter les propositions des fondateurs, ne fait rien que de très favorable à la société, quand elle diminue leurs prétentions. On ne saurait tirer argument

(1) Voir l'article précité de M. Beudant.

(2) DALLOZ, J. G. V^e Société. R. 1191, S. 1312 ; ALAUZET, 460 ; VAVASSEUR, t. I, n^o 407 ; Paris, 13 mars 1862 (S. 62. 2. 61).

d'une prétendue tentative de fraude, qui peut être, et, jusqu'à preuve du contraire, doit être présumée une erreur parfaitement loyale. Enfin, si l'assemblée générale n'avait que le droit d'option entre l'approbation et le rejet, elle se trouverait souvent dans un grand embarras, et, au grand préjudice des actionnaires, approuverait sans protester les évaluations les plus mensongères, pour éviter, en les rejetant, d'entraver la constitution d'une société qui a souvent entraîné des frais considérables, et qui a les plus grandes chances de réussite (1).

D'ailleurs, si le texte de 1867 laisse la solution indécise, les travaux préparatoires sont en faveur de ce dernier système, qui a prévalu. Pour trancher la question, M. Léopold Javal avait proposé la rédaction suivante pour le paragraphe 6 de l'art. 4 : « A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation différente. » Le rapporteur de la Commission combattit cet amendement pour les raisons suivantes : « La Commission a pensé, dit-il, que la disposition qu'on propose à la Chambre est inutile, car se serait introduire dans la loi une faculté qui évidemment est de droit commun, et qui appartient, en matière de société commanditaire, comme en toute autre, aux parties contractantes. »

Après cette déclaration, M. Javal demanda pourquoi la Commission et le Gouvernement, puisqu'ils étaient de son avis, n'acceptaient pas son amendement. Il lui fut répondu

(1) PONT, n° 1023; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 48; BÉDARRIDE, 116 s.; HOUPIN, t. I, n° 154; DALLOZ, J. G. V° Société, S. n° 1313.

qu'il était inutile, et que l'article de la loi, même sans cette addition, disait la même chose. A la suite de ces explications, l'amendement Javal fut rejeté.

Mais on discuta ensuite sur la portée même de l'article, et sur le point de savoir si la majorité, représentant le quart en nombre et en capital, pouvait transiger sur la valeur des apports et des avantages particuliers, engageant ainsi la minorité et même les absents ?

M. Marie demanda alors le renvoi à la Commission, « afin, dit-il, qu'elle dise dans une rédaction nouvelle que, lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire dans ce cas et pour cette situation fondamentale qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés ; eux seuls, en effet, parties stipulantes au contrat, peuvent décider si, au moins à leur égard, la société sera maintenue ou non. Le pouvoir représentatif d'une assemblée est sans force dans ce cas, car il serait sans raison. » A cette demande de renvoi s'associa un autre député, M. Fabre, mais le rapporteur de la loi, M. Mathieu, soutenu par M. Duvergier, Commissaire du Gouvernement, et le ministre du Commerce, répondit en faisant observer que M. Marie et ceux qui l'avaient appuyé se méprenaient sur le caractère de l'engagement du souscripteur et la nature des pouvoirs conférés par la loi à l'assemblée qui doit se prononcer sur la vérification. Cette assemblée est une sorte de tribunal de révision des apports. Et le rapporteur demandait à la Chambre de repousser le renvoi à la Commission. La Chambre repoussa effectivement la demande de M. Marie et vota immédiatement le paragraphe 6, tel qu'il figurait dans le projet.

Par ce vote la question se trouve donc résolue. L'assem-

blée générale n'est pas tenue d'approuver ou de rejeter purement et simplement l'évaluation des apports et des avantages particuliers, telle qu'elle est proposée par les fondateurs. Pourvu que ceux-ci acceptent une réduction raisonnable et suffisante, elle peut voter l'approbation sur le pied de l'appréciation nouvelle, sans qu'il soit besoin pour cela d'une clause expresse insérée dans les statuts.

§ VIII. — LA SECONDE ASSEMBLÉE A UN POUVOIR ABSOLU
D'APPROBATION OU DE REJET

Remarquons d'ailleurs que les vérificateurs nommés par la première assemblée sont de simples experts. Ils font des constatations et des calculs, et donnent des conclusions. Mais, de même que les rapports d'experts sont pour les Tribunaux un simple moyen de s'éclairer sur une question technique délicate, et que les juges ne sont jamais obligés d'en adopter les conclusions, de même le rapport des commissaires-vérificateurs n'engage nullement la seconde assemblée, il n'y a là pour elle qu'un simple avis. L'évaluation donnée par les experts aux apports et aux avantages particuliers n'entraîne nullement le résultat favorable ou défavorable du vote, suivant qu'elle est égale ou non à celle proposée par l'acte de société. L'assemblée, qui est le véritable juge, est toujours libre de ne pas donner son approbation si les conclusions du rapport lui proposent de l'accorder, et vice versa. Quel que soit le vote de la majorité, de ce vote dépend la constitution définitive ou la nullité de la société, la consolidation ou la rupture

du lien social, sauf le cas de dol et de fraude, toujours réservé (1).

L'assemblée a donc des pouvoirs absolus pour approuver ou rejeter les apports et les avantages. Mais son droit s'arrête là : elle ne pourrait, en particulier, dispenser les apporteurs de la remise effective à laquelle ils sont obligés. Sinon, la société serait annulable, puisque son capital annoncé aux tiers se trouverait en partie fictif : il y aurait pour l'annuler les mêmes motifs que si le capital en numéraire n'était pas intégralement souscrit, ou si l'on avait voulu faire croire par dol à un apport fictif (2). Un vote semblable n'obligerait pas les actionnaires absents ou non représentés (3).

En effet, les apports sont toujours la base de la société ; s'ils disparaissent, la cause même de la convention disparaît avec eux. Il peut y avoir alors un nouveau contrat, mais l'ancien n'existe plus. Ainsi il a été jugé « qu'une société doit être annulée si les apports en nature n'ont pas été effectués et ne pouvaient pas l'être, parce qu'ils étaient grevés de dettes personnelles aux associés » (4). Toutefois, il ne saurait s'agir ici que de dettes garanties par un gage ou une hypothèque, comme dans l'espèce de cet arrêt, et non de dettes purement chirographaires. Les créanciers ne pourraient dans ce dernier cas que recourir à l'action paulienne (art. 1167 C. civ.), et il suffirait à l'apporteur de dégrever ses apports, ou, en cas d'éviction, de les remplacer par des choses de même nature et de qualité égale.

(1) V. Rapport.

(2) *suprà*, p. 80.

(3) Paris, 18 mars 1862 (S. 62. 2. 161).

(4) Paris, 5 décembre 1881 (D. P. 85. 1. 355).

CHAPITRE III

Appréciation et approbation des apports en nature dans les sociétés anonymes

Le but de la loi du 24 juillet 1867 était certainement de soumettre à une réglementation uniforme les deux grandes classes de sociétés par actions. Aussi, en ce qui concerne la constitution des sociétés anonymes, l'art. 24 leur déclare-t-il applicables les dispositions prescrites pour les commandites, qui font l'objet du chapitre précédent. Par suite tout ce que nous y avons dit de ces dernières sociétés s'applique en principe aux sociétés anonymes.

Cependant, et sans qu'il soit possible d'en trouver des raisons bien décisives, la loi a édicté pour celles-ci un certain nombre de dispositions spéciales, parmi lesquelles nous avons à examiner celles qui concernent les apports en nature et les avantages particuliers. Un seul point est d'ailleurs modifié : l'organisation des assemblées chargées de leur vérification et de leur approbation.

§ I. — ORDRE ET NOMBRE DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

Pour constituer régulièrement une société anonyme, s'il n'existe pas d'apports ou d'avantages particuliers, une seule assemblée générale, ayant pour objet de vérifier la

sincérité de la déclaration notariée des fondateurs, sera suffisante. Dans le cas contraire, de beaucoup le plus fréquent, il y aura lieu de tenir deux autres assemblées, pour vérifier et approuver les apports, conformément à l'art. 4. Comme pour les commandites par actions, la première assemblée nommera des commissaires, dont le rapport, imprimé et mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la seconde assemblée, sera discuté, et s'il y a lieu approuvé, par celle-ci.

Ici se pose une question spéciale aux sociétés anonymes, dans lesquelles, d'après l'art. 24, la première assemblée générale vérifie la sincérité de la déclaration notariée des fondateurs, tandis que, dans les commandites, la déclaration du gérant est soumise au premier conseil de surveillance. Dans quel ordre devront avoir lieu les trois assemblées ? Ne pourra-t-on même pas se contenter d'en tenir deux, et approuver la déclaration des fondateurs dans l'une des assemblées de vérification des apports ?

La marche la plus normale consiste à commencer par l'approbation de la déclaration notariée des fondateurs, pour continuer ensuite par l'approbation des apports. D'ailleurs, d'après l'art. 24, la déclaration doit être approuvée par la *première* assemblée générale.

Mais il semble cependant que l'ordre peut être interverti, et que l'on peut, en ne tenant que deux assemblées, dans la première nommer les experts vérificateurs des apports, et dans la seconde, appelée à voter sur ces mêmes apports, approuver la sincérité de la déclaration des fondateurs. En effet, quand la loi demande que cette déclaration soit soumise à la première assemblée, son but est que la véri-

fication de l'état de la souscription et des versements soit faite dans une assemblée qui précède la constitution définitive de la société (1). Au cas où il y a plusieurs assemblées constitutives, il importe peu que cette vérification ait lieu à la seconde réunion des actionnaires et non à la première. On ne voit pas les motifs qui pourraient rendre dans ce cas leur vote suspect. Il y a suffisamment de causes de nullité dans la constitution des sociétés par actions, et il est inutile d'en créer d'autres par une interprétation trop rigoureuse des textes. En vain objecterait-on, pour expliquer l'obligation où seraient les fondateurs de faire approuver leur déclaration avant que l'assemblée ne délibère sur tout autre sujet, que cet examen a précisément pour but de justifier le titre de chaque souscripteur, et de lui donner qualité pour voter les résolutions suivantes. Les souscripteurs ont qualité par le fait même que leurs noms figurent sur la liste, telle qu'elle est déposée chez le notaire.

Enfin l'interprétation étroite du texte de l'art. 24 ne peut plus se concilier avec la loi du 1^{er} août 1893. En effet, d'après l'art. 3 de cette loi, complétant l'art. 8 de la loi de 1867, l'action en nullité d'une société constituée contrairement à la loi n'est plus recevable si le vice dont cette société a été entachée au début vient à se couvrir par la suite. Et cela se produit, en vertu des dispositions transitoires, même pour les sociétés antérieures à la nouvelle loi. Dans le cas actuel, la réparation du vice consistera dans la tenue d'une assemblée générale. Quel que soit le

(1) Trib. com. Seine, 27 mars 1884 (*Revue des sociétés*, 1884, p. 311).

rang de cette assemblée, une fois la déclaration des fondateurs approuvée par elle, on ne pourra plus demander la nullité de la société (1).

§ II. — MAJORITÉS REQUISES DANS LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

Le mécanisme de la vérification et de l'approbation des apports et des avantages, nous l'avons vu, est le même pour les sociétés anonymes que pour les commandites par actions. Mais la majorité nécessaire pour l'approbation n'est pas la même que dans ces dernières sociétés.

D'après l'art. 4 de la loi de 1867, cette majorité doit comprendre pour les commandites le quart des actionnaires et le quart du capital social en numéraire. L'art. 30 se montre plus exigeant pour les sociétés anonymes. Les assemblées générales ayant pour but de vérifier la déclaration des fondateurs, de nommer les premiers administrateurs, et, ce qui nous intéresse spécialement, d'approuver les apports et les avantages, doivent être composées de la moitié au moins du capital social. Le capital qui sera ainsi représenté consiste uniquement dans les apports qui ne sont pas soumis à la vérification, c'est-à-dire dans la portion de ce capital qui est en numéraire : l'article 30 § 2 est formel sur ce point. Cette disposition très sage se justifie par les mêmes arguments que nous avons donnés au chapitre précédent en traitant des commandites (2).

(1) Lyon, 3 décembre 1895 (D. P. 98. 2. 113).

(2) Suprà, p. 67 s.

Le rapprochement des deux articles montre bien que dans les commandites un double *quorum* est nécessaire, *en nombre* et *en capital*, tandis que dans les sociétés anonymes le seul *quorum en capital* suffit, mais est porté au double. Quant au nombre des actionnaires, on n'a pas à s'en préoccuper (1).

L'art. 30, en indiquant la partie du capital social qui doit être représentée dans l'assemblée, ne dit pas à quelle majorité les décisions doivent être prises. Un article précédent, l'art. 28, tranche en effet la question : « Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. »

Mais cette interprétation, qui résulte strictement du texte, a été contestée, et la jurisprudence tend à admettre qu'il faut cumuler les prescriptions des art. 4 et 30, c'est-à-dire exiger, d'un côté la représentation à l'assemblée de la majorité des actionnaires (art. 30), de l'autre, pour la régularité du vote, la double majorité de l'art. 4 (2). Un seul argument de texte, dont il faut reconnaître la valeur, milite en faveur de ce système. C'est le renvoi à l'art. 4 par l'art. 24. Mais cette théorie est néanmoins contraire à l'esprit de la loi. En effet, l'art. 4, écrit pour les commandites, n'est applicable aux sociétés anonymes qu'autant que la loi, par un texte spécial, n'y a pas dérogé, et qu'elle n'a pas édicté formellement des dispositions

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, nos 712 et 713.

(2) Angers, 27 juillet 1887, sous Req. 22 février 1888 (D. P. 88. 1. 297).
Paris, 17 novembre 1891, et sur pourvoi Cass. civ. 6 novembre 1894 (D. P. 95. 1. 150).

MATHIEU et BOURGUIGNAT. n° 200 ; HOUPIŒ. t. I, n° 164.

contraires. Or, les art. 28 à 30 organisent pour les sociétés anonymes un système spécial, qui se suffit à lui-même et qui est différent de celui de l'art. 4. C'est donc une dérogation formelle à cet article. D'ailleurs la règle posée par l'art. 28 est générale : dans toutes les assemblées, les délibérations doivent être prises à la majorité des voix ; elle ne se préoccupe pas du nombre des actionnaires, prévu d'ailleurs, pour le cas qui nous occupe, par l'art. 30, ni du capital qu'ils représentent. Enfin, les sociétés anonymes sont de pures sociétés de capitaux : la loi a donc envisagé simplement le capital représenté à l'assemblée et non le nombre de voix composant la majorité. Elle s'occupe uniquement de cette portion du capital, et non du nombre des personnes propriétaires ou porteurs des actions qui le représentent. L'élément financier efface presque entièrement l'élément personnel (1).

Cependant cet effacement n'est pas encore aussi complet qu'il le deviendra plus tard. Quand il s'agira pour la société des assemblées générales ordinaires, la loi (art. 27) reconnaît aux statuts le droit de déterminer « le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder pour être admis dans l'assemblée et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. » Ainsi, à ces assemblées, il pourra arriver qu'un actionnaire n'ait pas voix délibérative, ou, depuis la loi de 1893, n'ait qu'une fraction de voix, en usant de la faculté de groupement accordé par l'art. 4 de cette loi, s'il ne possède pas le nombre d'actions auquel est attaché le droit

(1) DALLOZ. J. G. V^o Société. S. 1306.

de vote. Et vice versa un actionnaire porteur d'un très grand nombre de titres aura un très grand nombre de votes à formuler. Il était impossible d'admettre cette façon de procéder pour les assemblées constitutives, où, dit le rapporteur de 1867, « le contrat reçoit sa consécration finale, où la société se constitue et s'organise. »

Aussi, jusqu'à la constitution, la loi a-t-elle voulu que chaque actionnaire eût au moins une voix.

Pendant la discussion de la loi, M. de Janzé avait même demandé qu'aucun actionnaire, quel que fut le nombre de ses actions, ne put avoir plus d'une voix. Il voulait ainsi introduire dans les sociétés anonymes, suivant son expression, « le suffrage universel », mais sa proposition ne fut pas accueillie : l'art. 27 § 2 permet au contraire à l'actionnaire d'user du nombre de voix proportionnel au nombre de ses actions que lui accordent les statuts, sans toutefois que ce nombre puisse être supérieur à dix.

Des difficultés se sont produites, à propos du calcul du quorum en numéraire, dans le cas où, à côté des souscripteurs d'actions représentant un capital versé en espèces, et sans stipulation à leur profit d'aucun avantage particulier, se trouvent des apporteurs qui, ayant droit à des actions représentant leurs apports en nature, ont souscrit en outre des actions payables en argent, ou bien des associés auxquels sont accordés des avantages particuliers, soumis, comme les apports, à la vérification et à l'approbation de l'assemblée. Doit-on faire entrer, dans le calcul du capital en numéraire qui sert à fixer le quorum obligatoire, toute souscription en espèces, même quand celui qui l'a faite

est en même temps apporteur en nature ou associé avantage? Une vive controverse s'est élevée sur ce point.

Dans un premier système, on déduit, du capital servant à déterminer le quorum en numéraire, le montant des souscriptions émanant d'apporteurs en nature ou d'associés avantageés. Pour justifier cette théorie, ses partisans prétendent qu'on ne peut obliger les autres souscripteurs à représenter une fraction correspondant à un capital supérieur à celui qui résulte de leurs propres souscriptions, sans rendre impossible la constitution de cette société, au cas fréquent où ce capital sera inférieur à cette fraction (1).

Un arrêt de Lyon (2) admet une solution moins absolue, en décidant que le vote d'approbation des actionnaires étrangers aux apports et non bénéficiaires d'avantages particuliers soumis à approbation est valable, quel que soit le montant de leurs actions, si la délibération approbative a été prise par eux à l'unanimité; en présence de cette unanimité des seuls intéressés à sauvegarder le capital en numéraire contre l'exgération des apports en nature, ou contre des avantages particuliers sans cause ou excessifs, on ne concevrait pas que la société ne put se constituer définitivement (3).

D'après un autre système, les actions des souscripteurs en numéraire qui concourent à l'approbation des apports doivent, à peine de nullité de la délibération, représenter

(1) Paris, 12 janvier 1887 (D. P. 88. 1. 297, note). Paris, 17 novembre 1891 et sur pourvoi Cass. 6 novembre 1894 (D. P. 95. 1. 150). HOUPIN, *Journal des Sociétés*, 1892, p. 186.

(2) 16 février 1881 (D. P. 82. 2. 108).

(3) DALLOZ. *Loc. cit.* S. 1308.

au moins la moitié de tout le capital en numéraire, c'est-à-dire non seulement celui souscrit par eux, mais aussi celui souscrit par les apporteurs ou les actionnaires avantagés : il faut en effet sauvegarder le capital en espèces, tout entier. Et cette théorie rejette même le système intermédiaire exposé plus haut : le vote approbatif, même émis par l'unanimité des votants, est nul s'il ne remplit pas ces conditions (1).

Certainement ce système est très rigoureux, et pourra souvent rendre la constitution de la société impossible. Et cependant il est le plus conforme au texte et à l'esprit de la loi. Si, d'après l'art. 4, la vérification des apports est inutile quand la société est uniquement formée entre des copropriétaires indivis, cette vérification s'impose dès qu'il y a des souscripteurs en numéraire, et elle doit être faite en se conformant aux prescriptions légales. Sans cela une fraude trop facile serait à craindre : rien de plus simple en effet que d'attribuer aux apports une valeur exagérée, de les faire approuver par un nombre minime de souscripteurs représentant une portion insignifiante du capital, et de négocier ensuite les actions, sans que les acquéreurs des titres soient mis en garde, comme dans le cas où la société n'est formée qu'entre apporteurs. Le moyen de parer à ce danger sérieux, auquel le législateur n'a sans doute pas voulu exposer les tiers, est dans l'interprétation stricte du texte. Il faut donc admettre que dans le cas où les souscripteurs en espèces seulement ne repré-

(1) Angers, 27 juillet 1887 (D. P. 88. 2. 297) ; Paris, 14 avril 1892 (D. P. 92. 2. 347). Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 712.

sentent pas la moitié du capital en numéraire, la constitution d'une société anonyme est impossible (1).

Mais les apporteurs en nature ou les associés avantagés, qui ne peuvent entrer dans le calcul du quorum, ne peuvent-ils cependant faire partie de l'assemblée ? Assurément ils peuvent y assister pour fournir des explications, défendre leurs intérêts, mais ils ne peuvent prendre part au vote. Il a été jugé cependant qu'on doit considérer comme régulières les délibérations de l'assemblée générale d'une société, chargées de vérifier les apports, auxquelles ont pris part les actionnaires en numéraire dans les conditions de nombre et de représentation du capital social prévues par la loi, alors même que d'autres actionnaires, qui ont en outre fait des apports en nature, auraient participé à ladite assemblée (2). Les conditions de l'art. 30, d'après cet arrêt, sont remplies, et la présence des actionnaires apporteurs ne compromet pas la validité des opérations auxquelles ils ont indûment concouru. Malgré ces arguments, il semble préférable d'admettre ici la même solution que pour les sociétés en commandite par actions (3). La participation au vote des apporteurs en nature ou des associés avantagés est donc impossible.

Un cas particulier peut se produire, qu'il est intéressant d'examiner. Si, au nombre des apporteurs en nature et parmi des individus, figure une société, les administrateurs de cette société, s'ils souscrivent en leur nom personnel

(1) Req. 22 février 1888 et Cass. 17 novembre 1891 précités. Alger, 13 juin 1895 (D. P. 96. 2. 307). *Contrà*. Paris, 3 mars 1896 (D. P. 96. 2. 516).

(2) Cass. req., 18 octobre 1899 (D. P. 99. 1. 567).

(3) *Suprà* p. 71.

des actions en numéraire dans la nouvelle, peuvent-ils prendre part au vote d'approbation ? Assurément, car ils ne cumulent pas les deux rôles d'apporteurs en nature et de souscripteurs en numéraire. La loi a simplement voulu empêcher une même personne de voter en cette seconde qualité l'apport qu'elle a fait en vertu de la première. Or, ici c'est la société, au conseil d'administration de laquelle sont attachés les souscripteurs, qui fait l'apport, et ce sont les administrateurs, en leur nom propre, qui souscrivent les actions. Ils ont donc le droit de prendre part au vote. D'ailleurs, si on le leur refusait, il faudrait également le refuser à tout actionnaire de la société fondatrice, car on pourrait dire de leur vote, comme de celui des administrateurs, qu'il est suspect de partialité ; ils ont en effet intérêt à ce qu'une grande valeur soit attribuée à l'apport. Cette solution est inadmissible, et on ne saurait où s'arrêter dans cette voie. Mais, dans le cas présent, il est une personne qui ne peut prendre part au vote, c'est le directeur de la société fondatrice. Il la représente, en effet, et compare aux statuts de la nouvelle société, sans doute habilité par une décision du conseil d'administration ou même de l'assemblée générale, et réunit par conséquent les deux qualités auxquelles la loi a eu égard pour refuser le droit au vote (1).

La loi a prévu le cas où le nombre d'actionnaires voulu ne serait pas réuni, et où la majorité de l'art. 30 § 1 ne pourrait être atteinte. Elle ne l'avait pas prévu pour les sociétés en commandite, et nous avons étudié plus haut

(1) Cf. Cass. req., 5 novembre 1895 (D. P. 97. 1. 113).

la question de savoir si, dans ces sortes de sociétés, une seconde assemblée pouvait être réunie (1). Mais, pour les sociétés anonymes, où d'ailleurs la majorité en capital est double, l'art. 30 § 3 a prévu l'hypothèse : « Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis publiés, à huit jours d'intervalle, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives, si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. »

Ce système a été inspiré au législateur par les règles ordinaires de la procédure, et sa pensée est indiquée dans le rapport de la Commission : « Quant un défendeur régulièrement ajourné fait défaut, on adjuge au demandeur ses conclusions, si, sur son exposé, elles semblent justes. Mais, pour éviter des surprises, on permet au défaillant de former opposition au jugement qui le condamne, et de débattre contradictoirement avec son adversaire. » Quelque chose de semblable est organisé par l'art. 30. Quand l'assemblée ne parvient pas à représenter la moitié du capital en numéraire, elle peut cependant se prononcer, mais sa délibération n'est que provisoire. Une nouvelle assemblée est convoquée après deux avis, conformément

(1) Suprà, p. 75 s.

au texte cité plus haut, et si une majorité représentant le cinquième au moins du capital social approuve la délibération, celle-ci devient définitive. Cette procédure s'applique d'ailleurs à toutes les assemblées générales extraordinaires.

Le capital dont le cinquième doit être représenté est évidemment le capital en numéraire, affranchi comme tel de toute vérification. La loi ne le dit pas expressément, mais le § 2 de l'art. 30 en décide ainsi pour la moitié du capital qui doit être représentée à la première assemblée. Le cinquième requis pour l'assemblée convoquée en cas d'échec de la première doit être évidemment calculé sur les mêmes bases (1).

Les conditions de majorité requises par l'article 30, §§ 2 et 3, s'appliquent-elles aux deux assemblées de constitution, la première ayant pour mission de vérifier les apports, et la deuxième de voter sur leur approbation ? La question a donné lieu à une controverse. D'après certains auteurs, la loi a les mêmes exigences pour les deux assemblées. D'après les autres, dont l'opinion semble préférable, la majorité de l'art. 30 n'est exigée que pour la deuxième (ou la troisième), qui approuve définitivement les apports et les avantages (2). D'ailleurs, l'art. 30 § 2 est favorable à ce second système ; en décidant que l'assemblée pour laquelle est requise la majorité prend une délibération définitive, il indique bien qu'il s'agit de la seconde assemblée. La première, ne prenant pas de décision, n'a pas

(1) DALLOZ, J. G. V^o *Société*, S. 1307.

Cf. LYON-CAEN et RENAUT, t. II, n^o 714.

(2) RIVIÈRE, p. 86 ; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n^o 45.

besoin de cette majorité : elle n'a pour but que de préparer la solution en arrêtant les bases de l'expertise, mais elle ne prend et ne peut prendre aucune décision, elle ne vote pas. Pour se renseigner, estimer ou faire estimer les apports, il n'est pas besoin d'un si grand nombre d'actionnaires. Il est donc contraire à l'esprit de la loi d'exiger la représentation à la première assemblée d'une quote-part minima du capital (1), et par suite la société anonyme n'est pas annulable si la première assemblée de vérification n'a pas réuni les conditions de majorité prévues par l'art. 30.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 715 ; PONT, p. 148 ; BOISTEL, p. 185.

CHAPITRE IV

Formation d'une société par actions entre les seuls apporteurs en nature

Nous avons jusqu'ici supposé la présence simultanée, dans la constitution des sociétés par actions, d'apporteurs en nature et de souscripteurs en numéraire. Mais, bien que ce soit là le cas le plus fréquent, il peut arriver cependant qu'une société se forme entre des personnes appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre de ces deux catégories de fondateurs. Si ce sont uniquement des souscripteurs en argent, il n'y a aucune difficulté : les apports en nature n'existant pas, les assemblées de vérification et d'approbation n'ont plus leur raison d'être. Mais, s'il s'agit de former une société entre des apporteurs en nature seulement, la question est plus délicate, et nous avons à examiner ce que deviennent alors la vérification et l'approbation des apports.

Trois hypothèses principales sont à prévoir :

1° La *constitution* d'une société par actions entre les seuls apporteurs en nature.

2° La *transformation* d'une société préexistante en société par actions.

3° La *fusion* de deux sociétés.

§ I. — CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS
ENTRE LES SEULS APORTEURS EN NATURE

L'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 se termine par le paragraphe suivant, qui ne figurait pas dans la loi du 17 juillet 1856: « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient copropriétaires par indivis. »

Pour être dispensé de vérification, il suffit qu'il y ait formation entre copropriétaires ; la loi n'exige pas d'autre condition. Par suite le moment auquel les fondateurs sont devenus copropriétaires de l'apport importe peu. Le seraient-ils devenus la veille de la formation de la société, celle-ci n'en serait pas moins valable pourvu toutefois qu'on ne puisse leur méconnaître la qualité de copropriétaires sérieux (1).

Les raisons de cette dispense sont évidentes : l'évaluation donnée aux apports est dans ce cas commune à tous les associés, et ceux-ci n'ont par suite aucun intérêt à un contrôle contradictoire, d'ailleurs impossible. Il n'y a pas ici « d'actionnaires qui, trompés par de fausses apparences, acceptent en aveugles des apports ou des stipulations qu'ils n'ont ni connus ni contrôlés. » Cependant la disposition actuelle de la loi présentera parfois quelques dangers. Il

(1) Trib. de com. de Nantes, 9 oct. 1897 (Jurisp. com. et mar. de Nantes, 1898, 1. 97).

arrivera peut-être que des gens de mauvaise fois chercheront à s'en prévaloir pour échapper à toute vérification de leurs apports, et se défaire ensuite le plus tôt possible de leurs actions. La Commission avait voulu prévenir cette fraude en interdisant l'appel à une souscription publique. Mais le Conseil d'État a repoussé cette partie de l'amendement comme empreinte d'un sentiment exagéré de prévention. Il y a vu une restriction dont les limites précises étaient difficiles à déterminer. D'ailleurs la fraude ne se présume pas, et si elle est tentée ou commise, sa répression sera soumise aux principes ordinaires du droit civil ou du droit commercial (1).

Il est évident que la fraude, s'il s'en produit, nuira également à tous les associés, et que par conséquent le préjudice en résultant sera nul pour chacun d'eux. Mais il y a d'autres personnes que la loi semble ne pas avoir protégés : ce sont les créanciers et les actionnaires futurs de la société. MM. Lyon-Caen et Renault le font très justement remarquer : « Des spéculateurs, disent-ils, peuvent se rendre acquéreurs d'un bien dont ils connaissent le peu de valeur, par exemple d'une invention illusoire, constituer une commandite par actions sans remplir les formalités de l'art. 4, en donnant au fonds social une valeur exagérée, pour se hâter de céder leurs actions à des tiers, qui après les avoir payées cher se trouveront en présence d'un fonds sans consistance. » Mais il est probable qu'aucune sanction n'eût été efficace : l'exagération des apports se serait produite, même avec la vérification de

(1) V. Rapport de la loi du 24 juillet 1867.

l'assemblée. Et puis, si les actionnaires primitifs ne conservent pas toujours leurs actions, les cessionnaires ne seront lésés qu'en connaissance de cause. En effet, ils sont prévenus qu'il n'y a pas eu de vérification d'apports ; à eux de s'entourer de tous les renseignements utiles avant d'entrer dans la société. De plus, nous avons vu qu'une action en dommages-intérêts leur était ouverte s'ils pouvaient prouver le dol ou la fraude. Enfin, depuis 1893, la loi elle-même est venue les protéger. Par une heureuse disposition que nous étudierons plus loin, les actions d'apport ne sont pas négociables pendant les deux années qui suivent la constitution définitive de la société, et sont frappées d'une estampille indiquant leur nature et la date de cette constitution (1).

Pour éviter la vérification, les fondateurs doivent être véritablement copropriétaires de l'apport. Si, dans l'intention de se soustraire à cette formalité, ils avaient simulé une copropriété qui n'existait pas en réalité, la société serait nulle (2).

Si les apports formant la totalité du capital social dont la propriété *individuelle* et non *indivise* des apporteurs, que doit-on décider ? L'art. 4 *in fine* est-il applicable ? La question est controversée.

Une première opinion soutient la négative. La loi, dit-on dans ce sens, n'a pas prévu ce cas, auquel par conséquent la dispense ne doit pas être étendue. Du moment qu'on ne

(1) Loi du 1^{er} août 1893, art. 2 ; *infra*, p. 138.

(2) HOUPIN, t. I, n° 144 ; Paris, 24 avril 1877 (*Le Droit* du 30 septembre 1877).

se trouve pas dans l'hypothèse spéciale prévue par le dernier paragraphe de notre article, on retombe sous l'empire des règles générales. Chaque apporteur est intéressé, au même degré qu'un souscripteur en numéraire, à faire réduire les apports des autres, avec lesquels il n'a plus d'intérêts communs. La raison de la dispenſe, dans le cas d'apports indivis, c'est l'impossibilité et l'inutilité de l'approbation (1).

Mais des arguments sérieux sont fournis par les partisans de l'affirmative. Quand les associés se bornent à mettre en commun leurs apports, ils sont censés en avoir vérifié ou fait vérifier la valeur. La vérification n'a d'ailleurs de raison d'être que pour les souscripteurs en numéraire, qui n'ont pas la plupart du temps de moyen de contrôle. Ici les fondateurs ne sont pas, comme les souscripteurs d'actions, absents ou isolés au moment de la formation du contrat de société. Ce sont eux qui le rédigent ou le font rédiger, et qui le signent en commun. Va-t-on les obliger à se réunir trois fois, pour déclarer à la troisième séance, après lecture d'un rapport imprimé, qu'ils ne se sont pas trompés à la première (2)? Enfin, le texte même de la loi dit (art. 4) que les assemblées générales, chargées de procéder à la vérification, doivent représenter le quart du capital social *en numéraire*, et (art. 30) que le capital social dont la moitié doit être représentée pour la vérification des apports dans une société anonyme se compose

(1) PONT, n^{os} 972 et 1009; BOISTEL, n^o 256; HOUPIN, t. I, n^o 145; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 718.

(2) VAVASSEUR, t. I, n^{os} 438 et 439.

seulement des apports *qui n'y sont pas soumis*, c'est-à-dire des apports en numéraire. Comment donc réunirait-on l'assemblée, s'il n'y a pas d'apports en numéraire (1) ? Observons enfin que l'exagération frauduleuse est beaucoup moins à craindre dans le cas d'apports distincts que dans le cas d'apports indivis, car les fondateurs ont alors à se contrôler et à se limiter réciproquement un intérêt qui n'existe plus s'ils sont copropriétaires. On doit donc appliquer à cette hypothèse l'exception de l'art. 4 *in fine* : *ubi eadem ratio, idem jus*.

Ce second système triomphe finalement en doctrine et en jurisprudence. Il a été jugé que « les apports appartenant par indivis aux fondateurs d'une société formée exclusivement entre les copropriétaires d'apports ne sont pas soumis à la vérification de l'assemblée générale (2) », et qu'« au cas d'une société ne comprenant aucun apport en numéraire, la dispense de vérification existe, que les associés soient ou ne soient pas copropriétaires indivis des apports (3). »

Une fois la société constituée entre les seuls apporteurs, il lui faut pour fonctionner des fonds de roulement. Alors de deux choses l'une : ou bien les copropriétaires les fourniront eux-mêmes, ou bien ils s'adresseront à des capitaux étrangers. Ils pourront d'ailleurs être conduits à cet appel de fonds par un autre motif : le besoin d'augmenter leur capital par suite de l'extension des affaires de la société.

(1) Cf. Cass. 26 avril 1880 (D. P. 80. 1. 268).

(2) Paris, 26 juillet 1887 (D. P. 88. 2. 145).

(3) Paris, 21 mai 1892 (D. P. 92. 2. 325).

Sera-t-il nécessaire, dans ce second cas, de procéder à la vérification de leur propres apports ? Non certainement, car la loi ne le dit pas, et d'ailleurs la vérification serait presque toujours impossible, des apports étant alors plus ou moins dépréciés ou détériorés par le temps et l'usage. Enfin les souscripteurs sauront à quoi s'en tenir comme les cessionnaires d'actions dont nous avons parlé (1). Il en sera ainsi quel que soit le mode employé pour l'augmentation du capital : émission d'actions ou d'obligations. Ces deux procédés sont absolument licites (2). La loi ne semble pas avoir ici suffisamment protégé les tiers, mais la réglementation la plus stricte a toujours quelque point faible. Toutefois, ici comme partout ailleurs, la fraude fait exception, et s'il était prouvé que cette combinaison n'a été imaginée que pour tourner la loi et permettre une exagération des apports indivis, si surtout l'exagération était telle que leur valeur fût insignifiante, comparée au montant des actions ou obligations émises, la société devrait être annulée.

Il peut se faire aussi que dans une société formée uniquement entre des apporteurs en nature, quelques-uns de ceux-ci souscrivent des actions payables en numéraire, et constituent ainsi des titres représentant un capital en argent s'ajoutant à leurs apports, et négociables aux tiers aussitôt après la constitution de la société. Ces associés ont ainsi la double qualité d'apporteurs en nature et de souscripteurs en numéraire. Dans ce cas encore il n'y a pas lieu

(1) Suprà, p. 106 et 107 ; V. Paris, 26 juillet 1887 (D. P. 88. 2. 145).

(2) Paris, 14 janvier 1891 (*Revue des Sociétés*, 1891, p. 472).

à vérification des apports, car cette formalité ne peut être remplie dans une société où l'on ne rencontre pas, avant la constitution, d'associé qui, fût-il souscripteur en numéraire, n'ait en même temps la qualité d'apporteur en nature.

Dans tous les cas que nous avons examinés, pour que dispense de vérification ait lieu, les apports doivent être réels. S'ils étaient fictifs la société devrait être annulée.

§ II. -- TRANSFORMATION D'UNE SOCIÉTÉ PRÉEXISTANTE EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Parfois une société en nom collectif ou en commandite simple se transforme en société par actions; les biens de l'ancienne société sont alors apportés à la nouvelle, mais on ne se trouve pas littéralement dans le cas prévu par l'art. 4 *in fine* de la loi de 1867, les biens de la première société, qui constituait une personne morale distincte de la personne des associés, n'étant pas indivis entre ceux-ci. Les principes généraux des sociétés commerciales décident, en effet, que les biens de la société sont à elle seule et non aux associés, et qu'ils ne deviennent la propriété par indivis des associés qu'à la dissolution de la société. Or, quand une société en nom collectif ou en commandite simple se transforme en société par actions, la société n'a pas cessé d'exister, ses biens ne peuvent pas devenir la propriété indivise des associés, et il faudrait dire, en interprétant strictement le texte de la loi, que la disposition finale de l'art. 4 ne s'applique pas ici. Cependant il n'est pas

douteux que la dispense de vérification existe dans notre hypothèse, car c'est pour elle que cette disposition a été créée, et c'est en vue de ces transformations qu'une règle spéciale a été faite (1).

D'ailleurs il ne faut pas songer ici à une estimation contradictoire des apports, car, dans le simple changement de forme subi par la société, il n'y a pas d'apports nouveaux, et la contradiction serait impossible, comme dans le cas où la constitution a lieu entre copropriétaires par indivis.

Il a été jugé que « lorsqu'une société en commandite devient entre les mêmes personnes une société anonyme, et que l'apport fait à cette nouvelle société consiste dans l'actif de la société ancienne, un tel apport étant la copropriété des personnes qui ont fondé la société nouvelle, il n'y a pas lieu, pour la constitution de celle-ci, à l'appréciation de sa valeur (2).

Par suite, on ne pourra faire annuler la société parce qu'il n'aura pas été procédé régulièrement à la vérification et à l'approbation des apports (3).

L'exception de l'art. 4 *in fine* cesserait d'être applicable si la transformation, par suite d'une augmentation du capital ou d'autres modifications importantes, se trouvait compliquée d'une véritable reconstitution de la société. On considérerait alors qu'il y a apport en nature à la société nouvelle de l'actif *in globo* de l'ancienne, et cet apport

(1) V. Rapport de la loi de 1867.

(2) Paris, 23 avril 1884. (D. P. 84. 2. 206).

(3) PONT, n° 970; BOISTEL, n° 258; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 718; HOUPIN, t. I, n° 144.

pourrait et devrait être vérifié et approuvé par les souscripteurs du nouveau capital (1).

§ III. — FUSION DE DEUX SOCIÉTÉS

Quand deux sociétés se réunissent et confondent leurs biens, y a-t-il lieu à vérification ? Cette question a soulevé une controverse que nous exposerons brièvement.

Un premier système soutient que dans ce cas la vérification s'impose. S'appuyant sur le texte de la loi, ses partisans prétendent que l'art. 4 indique d'une façon très minutieuse les formalités à remplir pour la vérification des apports en nature, et que ces règles générales souffrent une seule exception, pour un cas spécialement prévu. Or, outre que dans notre hypothèse les motifs qui justifient l'exception de l'art. 4 *in fine* ne se retrouvent pas, les dispositions dérogatoires au droit commun ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre, quelle que soit l'analogie.

D'ailleurs ici cette analogie ne se rencontre même pas. Dans le cas prévu par la loi, tous les associés ont un droit sur l'apport, tandis que dans le cas de fusion les membres d'une des sociétés n'ont aucun droit sur les apports de l'autre. L'antagonisme qui n'existe pas dans l'hypothèse de l'art. 4 se trouve ici ; il y a deux intérêts en présence, chaque société devant chercher à faire attribuer à ses biens la plus grande valeur et à faire réduire le plus possible la valeur de ceux de l'autre. En dispensant de la vérification,

(1) VAVASSEUR, t. I, n° 459 ; RIVIÈRE, p. 333 ; Paris, 3 décembre 1881 (*Le Droit*, 2 et 3 janvier 1882).

on pourrait porter préjudice aux associés et aux créanciers de chaque société.

On ajoute enfin dans ce sens que la vérification des apports est non seulement possible grâce à cette opposition d'intérêts, mais qu'elle est encore utile, les membres d'une société pouvant très bien ne pas connaître exactement la valeur des biens de l'autre. Sans doute la vérification peut être faite par chacun lors de la signature de l'acte de société, mais elle n'offre plus les mêmes garanties que celle faite en assemblée générale; on peut arracher à un associé pris individuellement et séparément un consentement qu'il ne donnerait pas si tous les associés étaient réunis (1).

Mais les partisans de la dispense de vérification invoquent également à l'appui de leur système le texte et l'esprit de la loi. D'après l'art. 4, dirons-nous avec eux, la société n'est définitivement « constituée » qu'après approbation de l'apport. Or, dans notre hypothèse, il ne s'agit pas de « constitution », mais de « fusion ». Il ne peut y avoir aucune analogie entre une société qui se crée et une autre qui fonctionne déjà depuis un certain temps.

De plus, l'exception de l'art. 4 ne doit pas être prise dans un sens trop restrictif. Comme le faisait remarquer le rapport au Corps Législatif, elle était « commandée par la force des choses. » L'élément de contradiction manquant, elle n'avait même pas besoin d'être écrite dans la loi. Elle n'a donc pu l'être et ne l'a été qu'à titre d'exemple. Le

(1) LYON-CAEN. note sous Cass., 16 juin 1876; (*Journal du Palais*, 1877, p. 78); BOISTEL, n^{os} 168 s.

rapport ne laisse aucun doute à cet égard : « On s'est demandé, dit-il, s'il fallait faire de la vérification des apports *une règle absolue*. » Il ajoute qu'un membre de la Commission a présenté plusieurs hypothèses où il n'y a pas besoin de faire appel à des capitaux étrangers, et que tous ces cas ne pouvaient rentrer dans la règle générale. La formule de l'art. 4 *in fine* ne prévoit donc pas un cas unique, mais régit tous les cas analogues (1).

Et puis, quand les sociétés fusionnent, il n'y a pas d'apports dans le vrai sens du mot. Les apports ont été primitivement faits à chacune des sociétés, ils ont été vérifiés régulièrement ; il n'y a plus aujourd'hui qu'une simple réunion entre les deux sociétés qui mettent leurs biens en commun.

Enfin, dans ce cas comme dans ceux que nous avons examinés plus haut, où prendrait-on les souscripteurs en numéraire nécessaires pour constituer les assemblées (2) ? Il a été jugé en ce sens que « les formalités de vérification et d'approbation sont inapplicables au cas où la société ne se compose que d'apporteurs en nature qui ont mis simplement en commun les immeubles et le matériel des deux sociétés dissoutes dont ils faisaient distinctement partie, à l'effet d'en partager entre eux la valeur représentative par voie d'attribution des actions correspondant à cette valeur (3). »

(1) VAVASSEUR, t. I, n° 436.

(2) Cass., 26 avril 1880 (D. P. 80. 1. 268), *suprà*, p. 109.

(3) Cour de la Réunion, 16 juin 1876 (D. P. 78. 2. 20 et *Journal du Palais*, 1877, p. 78) ; sur pourvoi Civ. rej. 26 avril 1880, précité ; Civ. rej. même jour (D. P. 80. 1. 268) ; Req. 9 novembre 1887 (D. P. 88. 1. 202).

Ce système est celui de la Cour de Cassation (1).

Observons en terminant que l'exception apportée aux règles générales en faveur des sociétés formées par les seuls apporteurs en nature ne concerne que « les dispositions relatives à la vérification de l'apport » (art. 4), ce qui soumet évidemment ces sortes de sociétés à toutes les autres formalités légales.

(1) 5 mai 1880 (S. 81. 1. 5).

CHAPITRE V

Sanctions des règles relatives aux apports en nature et aux avantages particuliers dans les sociétés par actions.

Les dispositions qui règlent la constitution des sociétés par actions ont pour but de remédier aux abus que la loi se proposait de réprimer, et d'en prévenir le retour. Le résultat cherché n'eut pas été atteint si rien n'avait assuré l'accomplissement des formalités légales. Aussi le législateur a-t-il frappé leur inobservation de sanctions sévères, parmi lesquelles deux contribuent à faire respecter les prescriptions relatives aux apports en nature et aux avantages particuliers :

1° La *nullité* de la société;

2° La *responsabilité civile* des personnes auxquelles l'irrégularité est imputable.

§ I. — NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ

1° *De l'action en nullité*

La cause de la nullité est l'inobservation des formalités prescrites pour la vérification et l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers : elle est la même

pour les deux grandes espèces de sociétés par actions. En effet, l'art. 7 de la loi du 24 juillet 1867 frappe de nullité les sociétés en commandite par actions constituées contrairement aux art. 1 à 5, et l'art. 41 en frappe les sociétés anonymes constituées contrairement à l'art. 24, lequel renvoie aux mêmes articles. Ce que nous dirons de la nullité des sociétés pour inobservation des prescriptions légales concernant les apports ou les avantages s'applique donc aussi bien aux sociétés en commandite qu'aux sociétés anonymes.

Sans doute le système de la nullité des sociétés pour vice de constitution présente l'inconvénient et même le danger « de laisser planer l'incertitude sur les sociétés constituées depuis de longues années. Il donne en outre lieu à des tentatives fâcheuses de chantage de la part d'individus qui deviennent actionnaires ou obligataires dans le but unique d'obtenir une somme d'argent en menaçant la société de l'exercice d'une action en nullité (1). » Mais ce danger est moins grand que celui auquel aurait donné lieu une sanction insuffisante, et d'ailleurs la loi du 1^{er} août 1893 est venue y remédier en partie.

Qui peu intenter l'action en nullité? Tous les intéressés, disent les art. 7 et 41 de la loi du 24 juillet 1867, et parmi ces intéressés il faut comprendre *les associés*, les tiers ayant traité avec la société, les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés (2).

Signalons immédiatement la restriction très importante

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 797 bis.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 781. HOUPIŒ, t. I, n° 233.

que l'art. 7 *in fine* apporte au droit des associés de demander la nullité, en leur interdisant d'opposer cette nullité aux tiers. Cette règle, qui s'applique à la société anonyme comme à la commandite par actions, par suite du renvoi de l'art. 41 à l'art. 7, dont nous avons parlé plus haut, sauvegarde complètement les intérêts des tiers qui ont contracté avec une société irrégulièrement constituée. Ceux-ci pourront demander la nullité de cette société, si cela leur paraît avantageux, et cette demande ne leur portera pas préjudice en permettant aux associés de leur opposer la nullité pour se soustraire à leurs engagements.

Le droit pour les associés de demander la nullité est absolument général : il appartient aussi bien aux plus récents cessionnaires d'actions qu'aux premiers souscripteurs. Celui qui, postérieurement à la constitution d'une société, a acheté des titres de cette société, est substitué aux droits de son cédant, et peut dès lors, s'il est encore porteur des titres, invoquer toutes les nullités qui vicient le contrat social (1). Les associés auteurs de l'infraction qui entraîne la nullité ont d'ailleurs le droit de la demander comme les autres ; on ne saurait les contraindre à rester dans une société qui peut être annulée sur la demande des tiers. Mais ils restent exposés aux conséquences de la responsabilité que leur infraction fait peser sur eux (2).

(1) Paris, 14 avril 1892 (D. P. 92. 2. 347).

(2) Cf. Cass. civ. 3 juin 1862 (D. P. 63. 1. 24) ; Cass. civ. rej. 22 nov. 1869 (D. P. 70. 1. 23) ; Cass. 11 mai 1870 (D. P. 70. 1. 401) et 7 juillet 1873 (D. P. 73. 1. 327).

Il a été jugé, avant la loi de 1893, que la nullité pouvait être demandée par un associé, même s'il a assisté sans protester aux assemblées qui ont ratifié les opérations critiquées (1). Ces décisions n'ont plus aujourd'hui de base légale, le fait même de la convocation de l'assemblée générale rectificative étant une fin de non-recevoir contre l'action en nullité.

Aucune majorité n'est requise : un associé isolé peut donc intenter l'action. Il lui suffira de prouver que les apports en nature et les avantages particuliers n'ont pas été régulièrement approuvés, et de justifier de sa qualité d'associé. Cette justification se fera de la façon la plus simple, par la production d'une action au porteur, la possession de ce titre établissant une présomption de propriété, fondée sur l'art. 2279 C. civ., qui ne peut être détruite que par la preuve contraire (2). Mais l'actionnaire qui ne peut produire un titre au porteur, ou qui ne figure pas sur les registres comme titulaire d'actions nominatives, ou dont les actions ont été vendues faute par lui de répondre à un appel de fonds, n'est pas recevable à former une action en nullité (3).

De même que les associés, les tiers qui ont contracté avec la société des engagements se rattachant à des opéra-

(1) Paris, 4^{er} août 1888 et 29 juin 1889 (*Revue des Sociétés*, 1889, p. 40 ; 1890, p. 43).

(2) Paris, 23 avril 1884 (D. P. 84. 2. 206).

(3) Cf. Lyon, 9 février 1883 (D. P. 83. 2. 413) ; Cass. req. 23 décembre 1885. (D. P. 86. 1. 261).

(4) Cass. req. 14 juin 1887 (D. P. 87. 1. 417).

tions non consommées ont le droit de demander la nullité, pour se dégager de leurs obligations dans l'avenir (1).

Quant aux créanciers sociaux, ce sont aussi des intéressés dans le sens des articles 7 et 41 de la loi de 1867. D'ordinaire, ils trouveront plus avantageux de tenir la société régulière, et d'éviter ainsi le concours des créanciers personnels des associés sur le fonds social. Mais ils peuvent avoir intérêt à demander la nullité afin d'exercer les actions en responsabilité que leur accordent les art. 8 et 42 de la loi : ils n'ont, en effet, le droit d'exciper de ces responsabilités que si la société a été annulée, sauf le cas prévu par l'art. 3 de la loi du 1^{er} août 1893(2). Pour intenter l'action en nullité, ils auront à justifier de leur qualité : les obligataires, par exemple, en produisant une obligation au porteur ou en prouvant leur inscription sur les registres comme titulaires d'obligations nominatives.

Enfin, les créanciers personnels des associés ont aussi le droit de demander la nullité de la société ; ils y sont *intéressés*, afin de faire disparaître le fonds social et d'exercer leur droits sur la part revenant à leur débiteur dans l'actif mis en commun (3).

A cette action en nullité, formée par un des intéressés que nous venons d'énumérer, on peut opposer plusieurs fins de non-recevoir, que la loi du 1^{er} août 1893 est venue heureusement compléter.

La première résulte des qualités respectives des parties,

(1) Cour de la Réunion, 16 juin 1876 (D. P. 78. 2. 201).

(2) *Infra*, p. 136.

(3) *Infra*, p. 129 et 130.

et il nous suffira de rappeler ici que les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers (1).

Le défaut d'intérêt du demandeur à faire prononcer la nullité peut aussi rendre son action non recevable. Ainsi, « lorsque la nullité d'une société illégalement constituée est demandée par des associés dans le seul but de faire prononcer à leur profit contre d'autres associés auxquels cette nullité est imputable les responsabilités des art. 8 et 42 de la loi de 1867, leur demande doit être déclarée irrecevable, à défaut d'intérêt, si le juge reconnaît qu'aucune responsabilité n'est encourue, par le motif que la ruine de la société a sa cause, non dans les infractions qui ont vicié la constitution, mais dans les opérations qui l'ont suivie ou dans une mauvaise gestion (2). »

Lorsque la société est en liquidation ou en faillite, la demande en nullité n'en est pas moins en principe recevable (3). Cependant elle cesserait de l'être si les irrégularités avaient été absolument étrangères aux pertes subies. Quel intérêt peuvent avoir les demandeurs à faire prononcer une nullité qui n'est pas la cause du préjudice qu'ils ont pu éprouver ? La jurisprudence avait admis cette fin de non-recevoir avant la loi de 1893, lorsque les demandeurs étaient des actionnaires. Mais on ne pouvait alors l'opposer aux créanciers sociaux dans les sociétés

(1) Cass. civ. 11 mai 1870 (D. P. 70. 1. 405), et sur renvoi Grenoble 23 décembre 1871 (D. P. 72. 2. 206); Lyon, 28 janvier 1873. (D. P. 73. 2. 38); Cass. 16 janvier 1878 (D. P. 79. 1. 209).

Cf. PONT, n° 1250; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 70; BÉDARRIDE, n° 163; HOUPIN, t. I, n° 226.

(2) Angers, 19 mai 1891 (D. P. 92. 2. 81).

(3) Lyon, 8 mai 1884 (D. P. 84. 2. 219) et sur pourvoi Cass. civ., 3 juin 1885 (D. P. 86. 1. 25).

anonymes, puisque, d'après la jurisprudence, les fondateurs et administrateurs étaient, en cas de nullité, solidairement responsables du passif social; ils avaient donc intérêt à demander la nullité, même si le préjudice qu'ils souffraient ne dérivait pas de l'irrégularité qui en était la cause. Depuis la loi de 1893, les actionnaires et les créanciers sociaux étant assimilés à ce point de vue, la fin de non-recevoir est opposable aux uns comme aux autres.

A ces fins de non-recevoir s'ajoutent celles de la loi du 1^{er} août 1893.

La nullité résultant pour les sociétés de l'inobservation des règles relatives à l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, comme de toutes les autres règles constitutives, sans être à proprement parler d'ordre public, puisqu'elle ne peut pas être invoquée par les associés contre les tiers, est une nullité d'intérêt général. Elle a en effet pour but de protéger, non seulement les tiers et les actionnaires contre les fondateurs, mais aussi le crédit général contre le tort que pourrait lui causer l'apparition et la négociation sur le marché de titres d'une société vicieuse. Ce caractère résulte bien des termes formels et de l'esprit de la loi de 1867. Aussi, sous l'empire de cette loi, alla-t-on jusqu'à soutenir, dans une interprétation aussi étroite que regrettable, que la nullité ne pouvait être couverte, ni par *l'exécution volontaire des prescriptions légales*, ni par la ratification postérieure; le juge était obligé de la prononcer (1). Toutefois les tribu-

(1) DALLOZ, J. G. V^o Société. R. n^o 1263; PONT, n^o 1239; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 783; HOUPIN, t. I, n^o 216.

naux pouvaient décider que, dans le cas où une société commerciale est entachée de nullité, un tiers créancier a renoncé sciemment au droit de poursuivre l'annulation de la société (1).

On déduisait aussi de ce caractère que l'action était imprescriptible, conséquence particulièrement grave, étant donnée l'incertitude qui planait indéfiniment sur le sort des sociétés les plus régulières en apparence (2). Certains auteurs avaient proposé divers délais de prescription, mais la jurisprudence les avait tous repoussés (3).

Pour remédier à ces inconvénients, on projeta de modifier la loi de 1867, et, tout en laissant subsister les causes de nullité, de les renfermer dans des limites de temps restreintes. En 1884, le Sénat vota un projet de loi d'après lequel l'action en nullité et l'action en responsabilité, entre lesquelles on ne distinguait pas, ne seraient plus recevables trois ans après le jour où la nullité aurait été encourue, lorsqu'avant l'introduction de la demande la cause de la nullité aurait cessé d'exister (art. 43 du projet).

Le législateur s'est rallié à ce système, mais la loi définitive diffère un peu du projet de 1884. Les réformes qu'elle a réalisées, au point de vue qui nous occupe, sont les suivantes :

1° L'action en nullité n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister.

(1) Cf. Paris, 28 mai 1884. (D. P. 86. 2. 177) et 1^{er} août 1888. (*Revue des Sociétés*, 1889, p. 10.)

(2) Cass. req. 1^{er} mars 1881 (D. P. 83. 1. 130).

2° S'il est nécessaire, pour couvrir la nullité, de convoquer une assemblée générale, l'action en nullité cesse d'être recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée. Ainsi, à supposer que la nullité soit encourue pour défaut d'approbation des apports en nature ou des avantages particuliers, l'action en nullité ne peut plus être intentée à partir du moment où l'assemblée générale a été régulièrement convoquée pour cette opération. Dans ce cas, l'action en nullité est supprimée avant que le vice ne soit réparé, mais il était impossible de faire autrement, l'annonce de la convocation de l'assemblée générale pour réparer un vice initial n'eût pas manqué de provoquer immédiatement les conséquences que l'on voulait éviter.

3° L'action en nullité devient prescriptible par dix ans. Cette prescription, fondée sur un intérêt général, à savoir la nécessité de consolider des sociétés qui, malgré un vice originaire, ont donné des preuves de leur vitalité, et qu'il est plus utile, au point de vue de l'intérêt public, de conserver que d'annuler, n'a aucune analogie avec la prescription décennale de l'art. 1304 du Code civil, qui repose sur la confirmation présumée d'un acte annulable. Aussi la nullité des sociétés pour vice de constitution n'en conserve-t-elle pas moins tous ses caractères, mais depuis la loi de 1893, dans les cas que nous venons d'énumérer, elle ne peut plus être invoquée.

A partir du moment où la nullité est couverte, ou de la convocation de l'assemblée générale dans le but de la couvrir, l'action en nullité doit être déclarée irrecevable. Nous verrons au contraire que l'action en responsabilité

peut être intentée pendant un délai de trois ans, qui court du jour où la nullité, dont la cause a cessé d'exister, était encourue. La loi de 1893 a fait cette différence entre les deux actions, que le projet de 1884 mettait sur le même pied (1).

Dans les cas où, malgré toutes ces fins de non-recevoir, l'action réussirait, quels seront les effets de la nullité de la société ?

2° Effets de la nullité entre les associés

Si la société n'a pas encore fonctionné quand l'action en nullité est intentée, elle sera anéantie, et les choses seront rétablies, sous quelques réserves cependant, dans l'état où elles se trouveraient si le contrat n'avait jamais existé. Les associés auront donc le droit, s'ils ont déjà fait leurs apports, de les reprendre, et, s'ils ne les ont pas encore faits, de refuser de les effectuer. S'il s'agit d'apports en argent, ils reprendront sur l'actif social en numéraire les sommes qu'ils ont versées, et s'il s'agit d'apports en nature, ils les reprendront avec leur plus ou moins-value, mais devront dans les deux cas contribuer aux dépenses faites au début de la société, proportionnellement à la valeur de leurs apports, et encore sous la réserve des responsabilités prévues par l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867. Si, conformément aux statuts, les apports en nature avaient été mis en commun pour devenir la copropriété des associés, il y aurait lieu de les comprendre dans l'actif à partager, au

(1) *Infra*, p. 136.

lieu d'en faire opérer le prélèvement par leurs auteurs. Cette solution, admise dans le cas où la nullité de la société résulte du défaut de publicité, doit être étendue à notre hypothèse, et la jurisprudence tend actuellement à faire opérer la liquidation de la société dans le cas d'annulation, conformément aux conventions sociales, comme dans le cas de dissolution.

Ce mode de procéder semble le plus rationnel et le plus équitable. L'existence de la société étant admise dans le passé à titre de fait, pourquoi n'admettrait-on pas ce fait dans toute sa plénitude ? Il faut donc appliquer à ses conséquences les règles conventionnelles en vertu desquelles elles se sont produites. On objecte que les statuts, comme toute convention nulle, ne peuvent produire aucun effet. Mais dans l'opinion contraire on fait plus que de leur refuser tout effet légal : on substitue à une convention adoptée d'un commun accord par les parties une convention que celles-ci n'ont jamais eu l'intention de faire. Les règles du droit commun sont établies pour le cas seulement où les associés s'y sont tacitement soumis en ne prévoyant pas dans les statuts le mode de liquidation. Mais, quand ils en ont prévu un, les soumettre à une autre règle que celle qu'ils ont choisie, c'est tomber dans l'arbitraire (1).

C'est d'ailleurs seulement entre les associés qu'il est vrai

(1) Cf. DALLOZ, V^o Société. R. 853. S. 1365; PONT, n^o 1263; BOISTEL, n^o 366; HOUPIN, t. I, n^o 229; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 785; VAVASSEUR, t. I, n^o 253.

Cass. Req. 19 juillet 1888 (D. P. 89. 1. 345) et 15 janvier 1889 (D. P. 90. 1. 474); Cass. civ. 15 novembre 1892 (D. P. 93. 1. 13).

Contra FOUREIX, n^o 31; MOLINIER, n^o 273.

de dire qu'une société nulle doit être liquidée conformément aux statuts. Les tiers, et spécialement les créanciers personnels des associés, ont le droit de considérer la société comme nulle et non avenue et comme ne leur étant pas opposable.

Enfin il est évident que certaines clauses des statuts ne seront pas appliquées dans la liquidation : ce sont celles qui, contraires à la loi, ont entraîné la nullité (1).

Si la société a fonctionné, la liquidation portera non seulement sur les apports, mais encore sur les bénéfices réalisés et les pertes subies. Comment liquidera-t-on dans ce cas ? Nous venons de voir que la jurisprudence et la majorité des auteurs étendent à la nullité pour vice de constitution les règles de la nullité pour défaut de publicité : on liquidera donc conformément aux conventions sociales, comme si la société était simplement dissoute. Les actionnaires seront tenus de contribuer aux pertes jusqu'à concurrence du montant intégral de leurs actions, et par suite de compléter les versements qui n'auraient pas encore été faits, si la liquidation l'exige pour éteindre le passif. Quant aux avantages particuliers, la nullité dont, nous examinons les effets provenant précisément du défaut d'approbation par l'assemblée générale, ils seront nuls et non avenues.

3^e Effets de la nullité à l'égard des tiers.

Nous avons déjà dit (2) que les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers, et que la tranfor-

(1) Civ. rej. 22 nov. 1869 (D. P. 70. 2. 23).

(2) *Suprà*, p. 118 et 119.

mation de la société irrégulière en une simple association de fait ne peut préjudicier à ceux-ci. Leur droit de poursuite, tant sur l'actif de cette société que contre ses membres, pourra être exercé par eux, encore que la société ait été annulée à leur diligence, et en vue, par exemple, des responsabilités édictées par les art. 7 et 42 de la loi de 1867 (1).

Une seconde question se pose ici : les tiers créanciers de la société ne se trouvent pas seulement en face des associés, mais aussi en face des créanciers personnels de ceux-ci. Les créanciers personnels des associés peuvent-ils opposer la nullité aux créanciers sociaux ?

Cette question, controversée en doctrine, car certaines formalités requises à peine de nullité, notamment la publicité, ne semblant pas édictées dans l'intérêt des créanciers personnels (2), fournissent un argument à ceux qui leur refusent ce droit, est aujourd'hui résolue en pratique par l'affirmative. La jurisprudence n'hésite pas à déclarer recevable l'action en nullité des créanciers personnels contre les associés de leur débiteur et même contre les créanciers sociaux (3). On ne peut en effet refuser aux *créanciers personnels* la qualité d'*intéressés* prévue par l'art. 7 de la loi du 24 juillet 1867. Ils ont intérêt par

(1) Lyon, 18 mars 1884 (D. P. 84. 2. 241).

(2) Cf. BRAVARD ET DEMANGEAT, p. 201 s.

(3) Cass. civ. 11 mai 1870 (D. P. 70. 1. 405); Grenoble, 11 juillet 1873 (D. P. 74. 2. 167); Paris, 12 février 1885 (D. P. 86. 2. 491); Grenoble, 24 décembre 1889 (D. P. 92. 1. 617).

Cf. PONT, n° 1249; BEUDANT, *Revue Pratique*, t. XXV, p. 335; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 228.

exemple à opposer la nullité aux associés pour saisir un bien mis en commun par leur débiteur et revendiqué par les coassociés de celui-ci comme faisant partie du fonds social. Mais ils tirent surtout de l'exercice de cette action deux avantages très importants. D'abord, en opposant la nullité aux associés, les créanciers personnels peuvent exercer leurs droits tant sur les apports de leur débiteur que sur la part lui revenant dans les acquêts et les bénéfices de la société ; puis, en l'opposant aux créanciers sociaux, ils peuvent anéantir le fonds social et venir en concurrence avec ces créanciers sur les biens qui composaient ce fonds (1). Ils exerceront leurs droits soit au marc le franc, soit d'après le rang attaché aux droits hypothécaires ou privilégiés des uns et des autres ; ainsi la femme de l'un des associés peut exercer, avec priorité sur les créanciers sociaux simplement chirographaires, son hypothèque légale sur la part de son mari dans les immeubles de la société (2).

Les créanciers personnels, intéressés aux termes de l'art. 7, pourront donc opposer la nullité aux associés et aux créanciers sociaux, et exerceront leurs droits, concurremment avec ces derniers : 1° sur les apports de leur débiteur ; 2° sur sa part dans les biens acquis au cours des opérations de la société ; 3° sur sa part dans les bénéfices sociaux.

(1) Cf. ALAUZET, n° 380 ; BÉDARRIDE, n° 369 ; BOISTEL, n° 246 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 238.

(2) Rennes, 6 mars 1869 (D. P. 70. 2. 224).

§ II. -- RESPONSABILITÉ CIVILE DES PERSONNES AUXQUELLES
L'IRRÉGULARITÉ EST IMPUTABLE

1° Quelles personnes sont responsables

Nous venons de voir qu'en cas d'inobservation des règles prescrites pour les apports en nature et les avantages particuliers, la société était nulle. La loi du 24 juillet 1867, dans ses art. 8 et 42, modifiés par la loi du 1^{er} août 1893, consacre de plus, dans ce cas, la responsabilité des associés apporteurs ou avantageés. C'est à eux, en effet, ordinairement les promoteurs de l'affaire, qu'incombe l'obligation d'appeler l'attention des personnes qu'ils vont s'associer sur la réalité de ce qui doit souvent constituer la base même de l'entreprise, et de les mettre à même de se prononcer régulièrement sur la valeur de cette base. Si cette obligation n'est pas remplie par eux, si par leur faute les formalités légales ne sont pas observées et la société annulée aux termes des articles précités, ils sont justement responsables d'une annulation dont ils sont la cause.

Mais, outre les apporteurs et les associés avantageés, d'autres personnes sont encore atteintes par la responsabilité des art. 8 et 42; ce sont dans les commandites par actions les membres du premier conseil de surveillance et le gérant, dans les sociétés anonymes les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue. Et leur respon-

sabilité existe dans tous les cas de nullité de la société pour inobservation, dans sa constitution, des prescriptions de la loi, tandis que celle des apporteurs en nature et des associés avantagés n'existe que dans un seul cas : le défaut de vérification et d'approbation des apports et des avantages particuliers. En effet, dit M. Duvergier, « ces précautions prises, ces associés rentrent dans la catégorie de tous les autres. On ne saurait admettre que la responsabilité les suit et peut les atteindre, lorsque tout ce qui était exigé d'eux ou à cause d'eux a été fait. On ne conçoit pas une peine appliquée à celui qui a fait tout ce que la loi lui prescrivait... A la vérité, après avoir déclaré, dans le premier paragraphe, les membres du conseil de surveillance responsables, l'article 8 dit dans le second que la *même* responsabilité peut être prononcée contre les fondateurs, etc. Mais cette forme de langage signifie que les fondateurs peuvent être déclarés responsables comme les membres du conseil de surveillance, elle ne décide pas expressément que les uns et les autres doivent l'être en raison des mêmes infractions (1). »

Les associés apporteurs ou avantagés, dans la société en commandite, sont solidairement responsables avec le gérant, qui a pour mission de créer une société viable, et avec les membres du premier conseil de surveillance, qui doivent s'assurer dès leur entrée en fonction de l'observation des conditions prescrites pour la formation des sociétés. Dans la société anonyme, cette mission est confiée aux fondateurs et aux premiers administrateurs ; c'est donc

(1) Collect. des lois, vol. 1856, p. 345, note 1.

à eux qu'incombe la responsabilité solidaire avec les associés apporteurs ou avantagés.

Mais jusqu'ici nous avons seulement prévu avec la loi l'hypothèse où la vérification des apports et des avantages est exigée. S'il s'agit d'une société dispensée de cette vérification, par exemple d'une société formée entre les seuls apporteurs en nature, sans émission d'actions payables en numéraire, les fondateurs-apporteurs ne demeurent responsables envers les cessionnaires ultérieurs de leurs actions, représentatives d'apports dont ils auraient sciemment exagéré la valeur, qu'en vertu du droit commun (1). Nous verrons d'ailleurs que la non-négociabilité temporaire dont la loi du 1^{er} août 1893 a frappé les actions d'apports a diminué le danger de ce genre de spéculations.

Dans la société en commandite par actions, la déclaration de responsabilité est facultative pour le tribunal, qui peut ne pas la prononcer, même si la vérification des apports n'a pas eu lieu, et il en est ainsi pour toutes les personnes responsables. L'art. 8 dit en effet : « Les membres du premier conseil de surveillance *peuvent* être déclarés responsables... La même responsabilité *peut* être prononcée... » Dans la société anonyme il faut faire une distinction : la responsabilité des fondateurs et administrateurs est obligatoire, et le rôle du tribunal se réduit à constater que ceux contre lesquels on recourt sont les fondateurs de la société ou les administrateurs en fonctions, et que la vérification des apports en nature et des avantages particuliers n'a pas été faite. Après cette double constatation,

(1) Paris, 13 février 1882 (D. P. 83. 2. 161).

le tribunal doit déclarer la responsabilité des fondateurs et des administrateurs ; l'art. 42 dit en effet « *sont* responsables. » Au contraire, pour les apporteurs en nature et les associés avantagés, la responsabilité est facultative, comme dans la commandite par actions, car le même article porte pour eux, « la responsabilité *peut* être prononcée. » Le tribunal pourra donc les affranchir de toute responsabilité, mais, s'il les déclare responsables, ils le seront de la même façon que les fondateurs et administrateurs, et solidairement avec ceux-ci.

2^e *Etendue de la responsabilité*

Sous l'empire de la loi de 1867, c'était une question très discutée de savoir si l'étendue de la responsabilité était la même dans les sociétés en commandite par actions que dans les sociétés anonymes. Limitée dans les premières, par l'art. 8, au dommage résultant de l'annulation pour la société ou pour les tiers, l'était-elle également dans les autres ? L'art. 42, sans en préciser l'étendue, disait que les fondateurs et les administrateurs en fonctions étaient « responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. » La distinction établie entre les tiers et les actionnaires, difficilement explicable puisque la responsabilité des fondateurs et administrateurs envers les uns comme envers les autres a pour cause une faute identique, était une source de nombreuses difficultés. De plus, la jurisprudence, limitant cette responsabilité vis-à-vis des actionnaires à la réparation du préjudice effectif résultant pour eux de l'annulation de la

société, conformément au droit commun, l'avait étendue, vis-à-vis des tiers, à tout le passif social (1).

Cette interprétation, à l'appui de laquelle on soutenait qu'« à défaut d'un corps moral qui personnifie la société, elle est nécessairement représentée par son gouverneur, ses fondateurs, ses administrateurs », était justement condamnée par la doctrine (2). La loi du 1^{er} août 1893 (art. 5) est venue supprimer ces distinctions. « L'art. 42, lit-on dans le rapport, dit que les fondateurs et administrateurs auxquels la nullité de la société est imputable sont solidairement responsables envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. La jurisprudence en conclut qu'ils ne sont pas seulement responsables du préjudice causé, mais qu'ils sont responsables envers les tiers de tout le passif contracté au nom de la société. Cette rigueur est injustifiable. Autant il est juste et nécessaire que chacun reste responsable des conséquences de ses fautes, autant il est inadmissible qu'à l'occasion d'une faute commise, il soit condamné à plus et à autre chose qu'à ce qui en est la stricte et entière réparation. (3) » Le nouveau texte, qui aggrave la responsabilité de l'art. 42 en rendant

(1) Cass. civ., 27 janvier 1873 (D. P. 73. 1. 331) ; Civ., rej. 13 mars 1876 (D. P. 77. 1. 49), 3 juin 1885 (D. P. 86. 1. 25) et 8 juillet 1885 (D. P. 86. 1. 104) ; Lyon, 9 février 1883 (D. P. 82. 2. 213) ; Paris, 27 décembre 1883 (D. P. 85. 2. 222), 8 janvier 1886 (D. P. 86. 2. 216), 28 avril 1887 (D. P. 88. 2. 105), 24 nov. 1887 (D. P. 88. 2. 293) et 28 juin 1888 (D. P. 90. 2. 325) ; Cass. req. 19 octobre 1886 (D. P. 87. 1. 344) et 22 fév. 1888 (D. P. 88. 1. 297) ; Civ. rej. 9 nov. 1892. D. P. 93. 1. 73) et 20 juin 1893 (D. P. 93. 5. 553).

(2) PONT, nos 1306 et 1307 ; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 243 ; BÉDARIDE, n° 1250 ; BOISTEL, n° 316 ; VAVASSEUR, t. II nos 846-848.

Contrà RIVIÈRE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, n° 274 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 796.

(3) D. P. 93. 4. 70, note 3 ; Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. II, append., n° 44.

la solidarité commune à la réparation due aux actionnaires et aux tiers, ramène aussi l'étendue de cette responsabilité aux justes limites du *dommage résultant de l'annulation*. Cette disposition, d'après l'art. 7 de la loi de 1893, régit également les sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1867 ; elle a une portée absolue, et s'applique aussi bien aux instances introduites avant le 1^{er} août 1893 qu'à celles qui le furent postérieurement (1).

3^e Durée de l'action en responsabilité

Signalons une dernière innovation de la loi de 1893. Dans son art. 3, modifiant l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867, elle dispose que l'action en nullité n'est plus recevable, si, avant son introduction, la cause de la nullité a cessé d'exister, ou si l'assemblée générale a été régulièrement convoquée pour la couvrir. Mais l'action en responsabilité survit à la régularisation : elle dure trois ans à partir du jour où la nullité était encourue, et n'est donc plus subordonnée dans le cas à l'annulation préalable qu'exigeait l'ancien art. 8. Cette différence ainsi établie entre les deux actions est très juste : si l'existence de la société ne doit pas pouvoir être constamment remise en question, la responsabilité ne doit pas prendre fin par cela même qu'elle ne pourra plus être précédée de l'annulation de la société : « Il ne faut pas, dit M. Clausel de Coussergues dans son rapport (2), que ceux qui ont commis la faute de

(1) Cass. 10 novembre 1897 (D. P. 99. 1. 529).

(2) D. P. 94. 4. 70, note 1.

constituer une société nulle puissent, du jour au lendemain, par un acte habile de résipiscence, s'affranchir des conséquences de leur faute. »

Du jour où le vice est réparé, la société devient donc inattaquable, mais l'action en responsabilité, si moins de trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue, pourra être intentée jusqu'à la fin de cette période triennale.

TROISIÈME PARTIE

Règles spéciales aux apports en nature après la constitution des sociétés par actions

§ I. — PROHIBITION DE NÉGOCIER PENDANT DEUX ANS LES ACTIONS D'APPORTS

La loi du 24 juillet 1867 ne contenait aucune règle spéciale concernant la négociation des actions d'apports ; cette lacune a été comblée par la loi du 1^{er} août 1893. Après avoir fait de la libération intégrale de ces actions une des conditions de la constitution des sociétés (1), l'art. 2 de cette loi, par une disposition spéciale, est venu empêcher une négociation trop rapide, qui souvent présentait des dangers sérieux. Les actions d'apports, c'est-à-dire celles qui correspondent, au moins pour partie, à des apports en nature, « ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. »

Cette prohibition a pour but, en permettant aux tiers de se rendre compte si la valeur chiffrée sur l'action est vérifiée par l'événement, de les protéger contre les fraudes auxquelles peut donner lieu l'évaluation exagérée des

(1) Suprà, p. 45 s.

apports, que la vérification par l'assemblée générale est souvent impuissante à empêcher, et d'assurer à la société, pendant un délai relativement long, le concours des personnes les plus aptes à en assurer la prospérité. Il nous suffira de rappeler ici d'un mot les fraudes dont nous avons déjà eu l'occasion de parler (1), ce sont d'ailleurs toujours les mêmes. Sous l'empire de la loi de 1867, les fondateurs majoraient l'évaluation de leurs apports, et arrivaient, en fournissant à l'assemblée générale des renseignements incomplets ou inexacts, à obtenir cependant son approbation. Mais, après la constitution définitive, ils se désintéressaient trop facilement du sort d'une société qu'ils pouvaient cependant diriger mieux que tous autres. Leur principale préoccupation était plutôt de provoquer une hausse rapide des actions que d'apporter tous leurs soins à l'administration. Quand les titres avaient atteint des cours élevés, souvent fort au-dessus de leur valeur réelle, les fondateurs cédaient les leurs à des tiers trop confiants. Ceux-ci entraient dans une société privée de l'expérience et des talents, peut-être indispensables à son développement, des hommes compétents qui l'avaient fondée; les cours des actions baissaient rapidement, et la société, dont le capital réel était bien inférieur au capital nominal, courait souvent à la ruine.

L'obligation de libérer intégralement les actions d'apports a pour résultat certain d'atténuer ce danger, mais elle ne le supprime pas. Aussi le Sénat, en 1884, avait-il exigé que ces actions ne fussent négociables que deux ans après

(1) Suprà, p. 48.

la constitution de la société, et en 1893 M. Poirrier proposa à la Commission du Sénat de reproduire dans la loi nouvelle cette sage prescription. Mais la Commission, après avoir facilement admis le principe de la libération intégrale, rejeta cette inaliénabilité temporaire. « L'industriel ou le commerçant qui met en actions son usine ou sa maison, dit M. Thévenet dans son rapport, a généralement pour but de transformer en argent liquide une valeur qu'il avait immobilisée. Pourquoi l'empêcher de réaliser ce projet honnêtement, par la voie de l'anonymat? Il n'est pas douteux que cette inaliénabilité des actions d'apport paralyserait un grand nombre de sociétés et nuirait à leur développement. Ajoutons que le principe de la libre circulation des biens s'oppose à l'adoption de cette mesure. »

Lorsque le projet vint en discussion devant le Sénat, M. Poirrier reprit son amendement, rappelant qu'il était la reproduction d'un article voté en 1884. Il fit valoir que son adoption s'imposait d'autant plus que la Commission en avait admis la première partie, mais qu'il ne suffisait pas d'édicter la libération intégrale des actions d'apport. « Si la seconde partie de mon amendement, dit-il, n'était pas adoptée, il en résulterait que les fondateurs d'une société qui reçoivent des actions entièrement libérées, et qui, par le fait de leur entière libération, peuvent être mises au porteur, il en résulterait, dis-je, que certains n'auraient d'autre préoccupation que de fonder des sociétés à grand renfort de réclames, de recevoir des actions libérées, de les placer, grâce à cette réclame, et de se désintéresser complètement de la société qu'ils auraient fondée. Je ne vois point là la sincérité qui doit présider à la fondation

des sociétés. On fait appel à la petite épargne, je ne puis trop insister sur ce point, malgré ce qu'en a dit l'honorable M. le Royer. J'estime qu'on ne lui donne pas assez de garantie, et je persiste à penser sous cette réserve qu'il est préférable de voir l'épargne prendre cette direction que de la voir s'aventurer dans des placements aléatoires et dangereux. On ne peut donner trop de garanties à cette épargne qu'on sollicite. »

M. Poirrier rappela les paroles prononcées par M. Ronjat en 1884, au moment de la discussion de cet article, et répondit enfin victorieusement à l'objection du rapporteur, que l'inaliénabilité était une mesure trop sévère et contraire aux principes de notre droit, en montrant qu'il fallait distinguer avec soin l'inaliénabilité et la non-négociabilité pendant deux ans. Il proposait de proscrire la négociation par les voies rapides de la tradition et du transfert, mais de laisser ouverte la cession par les voies civiles. On ne pouvait donc dire que son amendement rendait les titres inaliénables.

Le Sénat fut convaincu par ces raisons, et vota la totalité de l'amendement, qui reproduit presque textuellement les termes de l'art. 7 du projet voté par lui en 1884.

Avant d'étudier les prescriptions de l'art. 2 de la loi de 1893, notons que le point de départ du délai de deux ans est la constitution définitive, c'est-à-dire le moment où la société est pourvue de tous ses organes et prête à fonctionner. Dans la commandite par actions, cette époque est celle de la nomination du conseil de surveillance, et dans la société anonyme celle de la nomination des administrateurs et commissaires de

surveillance, et de l'acceptation par eux de leurs fonctions.

§ II. — A QUELS TITRES S'APPLIQUE LA PROHIBITION ?

La prohibition de négociation pendant deux ans s'applique, d'après la loi du 1^{er} août 1893, aux *actions d'apports*. Quels titres doit-on comprendre sous ce nom ?

Il en est tout d'abord qui tombent sous l'application de la loi sans aucun doute: ce sont les actions qui correspondent pour toute leur valeur à des apports en nature, et il en est ainsi même si le capital social en est entièrement composé. Nous avons en effet déjà vu que le motif qui a poussé le législateur à créer la règle nouvelle existe dans ces sociétés comme dans celles où l'on rencontre aussi des souscripteurs en numéraire. La prohibition rend impossible la négociation prématurée d'actions représentant des apports majorés à dessein par les fondateurs, et d'ailleurs le texte ne distingue pas (1).

Pour les mêmes raisons nous en dirons autant des actions *mixtes*, c'est-à-dire correspondant pour partie à un apport en nature et pour partie à un apport en numéraire. D'ailleurs si ces titres, qui se prêtent aux mêmes spéculations frauduleuses que les actions d'apports proprement dites, étaient négociables dès la constitution de la société, il suffirait aux apporteurs de faire un versement en numéraire insignifiant pour violer à la fois l'esprit et le texte de la loi (2).

(1) et (2) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. II. Appendice, n° 23.

Mais il ne faut cependant pas étendre la prohibition légale à des titres auxquels elle ne saurait s'appliquer : telles sont les actions industrielles, qui ne correspondent en effet à aucune fraction du capital, et qui confèrent à leur propriétaire un simple droit à des dividendes. Le texte parle des actions d'apports, et ces titres ne correspondent pas à un apport en nature. Cependant, si légalement ils sont négociables aussitôt après la constitution de la société, comme ils peuvent malgré tout prêter à des spéculations dangereuses, une clause formelle des statuts peut défendre leur négociation, et ordonner leur dépôt, pendant toute la durée de la société, dans la caisse sociale, comme les actions appartenant aux administrateurs dans les sociétés anonymes (art. 26 de la loi de 1867). Cette disposition assurera d'ailleurs à la société le concours pendant toute sa durée d'associés dont le travail peut être indispensable à sa marche (1).

Souvent il est stipulé dans les statuts que le capital-actions sera remboursé par voie de tirage au sort, suivant un tableau d'amortissement arrêté d'avance ; l'action de capital ainsi remboursée est remplacée par une action de jouissance. Si, pendant la période d'indisponibilité, une action d'apport vient à être désignée par le sort, le capital remboursé sera-t-il indisponible jusqu'à l'expiration du délai de deux ans ? Nous croyons que non. La loi, en effet, a eu pour but, non de nantir la société d'un dépôt de garantie, mais d'empêcher les apporteurs de mettre en circulation des titres d'une valeur incertaine. Elle oblige la société à

(1) V. DALLOZ. J. G. V^o Société. S. n^o 862.

garder des titres à la souche, non à garder de l'argent en caisse.

Par contre, l'action de jouissance qui remplacera cette action amortie sera indisponible pendant le délai légal. Elle n'est qu'une nouvelle forme de l'action de capital, et reste soumise aux mêmes prescriptions que celle-ci.

Plus délicate est la question de savoir si la non-négociabilité s'applique aux parts de fondateurs. La solution qu'elle comporte ne dépend nullement du caractère que l'on reconnaît à ces sortes de titres, ni de la qualité d'action ou de créance qu'on leur attribue.

Un premier système, assimilant complètement les parts aux actions d'apports, les frappe de la même indisponibilité que celles-ci : ses partisans s'appuient principalement sur l'esprit de la loi de 1893 pour soumettre à l'art. 2 de cette loi les parts de fondateurs. Ces titres, d'une nature particulière, correspondent à des apports en industrie ou en travail, et le texte parle des actions « représentant des apports. » Et puis, si les parts devaient échapper aux mesures de précaution de la loi du 1^{er} août 1893, il y aurait là un moyen sûr de tourner la loi et de constituer des sociétés à capital majoré. Il suffirait d'attribuer aux apporteurs en nature des parts de fondateurs au lieu d'actions d'apports. Alors toutes les fraudes seraient possibles aux fondateurs, qui de plus sortiraient facilement de la société, privant ainsi l'entreprise du concours sur lequel les actionnaires avaient le droit de compter : il est impossible d'admettre que la loi n'ait pas prévu cette éventualité (1).

(1) Note de M. Jules VALÉRY, sous Trib. comm. Seine, 5 novembre 1894 (D. P. 95. 2. 297).

Malgré l'importance de cet argument, nous croyons devoir repousser l'extension aux parts de fondateurs de la défense temporaire de négociation des actions d'apports. Le texte est précis, et d'une précision limitative. Il suffit de comparer les deux paragraphes de l'art. 2, dont le premier dit : « les actions représentant des apports... » et le second : « ces actions, » pour voir que cet article vise seulement les actions d'apports, et ne saurait être étendu, sans ajouter à la loi, aux parts de fondateurs. Il est possible que, grâce à ces sortes de titres, la loi puisse être tournée : cela prouverait simplement qu'elle contient une lacune, sans donner à l'interprète le droit de la combler. La disposition de la loi nouvelle est exceptionnelle et dérogatoire au droit commun, et en pareille matière l'interprétation restrictive s'impose. La prohibition ne peut donc être étendue à une hypothèse présentant plus ou moins d'analogie avec celle prévue par le législateur (1). D'ailleurs le danger est peut-être moins grand qu'il ne paraît. L'apporteur a droit à des actions de capital : acceptera-t-il à la place un titre aléatoire, ne donnant droit qu'à des bénéfices ? Renoncera-t-il facilement à un droit de contrôle actif, à une ingérence dans les affaires de la société que la part de fondateur ne lui accorderait pas ?

Ce second système s'appuie sur d'autres arguments décisifs. Tout d'abord, nous l'avons vu, l'art. 2 de la loi de 1893 reproduit à peu près textuellement l'art. 7 du projet voté par le Sénat en 1884, et ce projet contenait un art. 8

(1) Cf. GENEVOIS. *Commentaire de la loi de 1893*, p. 192; VAVASSEUR, t. I, n° 734 bis.

ainsi conçu : « Les avantages consentis aux fondateurs ou à toute autre personne peuvent être représentés par des titres cessibles ou négociables. » Cela tend à prouver que le législateur voulait distinguer les actions d'apports des parts de fondateurs, et réserver aux premières les restrictions à la liberté de négociation. Malgré l'abandon de cet art. 8, la distinction subsiste.

D'ailleurs, parmi les différences existant entre les actions d'apports et les parts de fondateurs, il en est deux qui constituent de puissants arguments en faveur de la négociabilité immédiate des parts. Tout d'abord l'action entre dans le capital social pour une valeur déterminée, exprimée en espèces, alors que la part ne constitue pas la moindre partie du capital. Par suite, si le cessionnaire d'une action peut se plaindre qu'on lui ait vendu un titre comme représentant une valeur de cent ou cinq cents francs, par exemple, alors que ce titre a une valeur intrinsèque bien inférieure, le cessionnaire d'une part est prévenu que le titre dont il se rend acquéreur n'aura de valeur que d'après les bénéfices réalisés par la société. De plus l'action, étant une partie du capital, rentre dans les garanties données aux tiers, alors que ceux-ci n'ont pas à compter sur les parts de fondateurs. Or, les mesures restrictives de la loi ont eu surtout pour but de protéger les tiers.

Enfin le droit de propriété entraîne le pouvoir de disposer librement des choses qui en sont l'objet. Le propriétaire d'une part doit donc être maître de la négocier, à moins que la loi ne s'y oppose formellement, ce qui n'est pas le cas ici. Les parts de fondateurs sont donc négociables immédiatement après la constitution de la société,

parce qu'aucun texte n'en interdit la négociation immédiate.

Ce système, adopté par la majorité des auteurs (1), a été consacré en jurisprudence par un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 5 novembre 1894 (2), confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 14 janvier 1895 (3).

Observons avant d'en terminer avec les parts de fondateurs que, si elles sont négociables aussitôt après la constitution définitive de la société, elles ne le sont pas avant, même si on les considère comme de simples créances, cette constitution devant être envisagée comme une sorte de condition suspensive d'où dépend l'existence juridique des titres émis par la société (4).

§ III. — ÉTENDUE DE LA PROHIBITION

Après avoir vu quelles sortes de titres sont soumis à la prohibition de négociation de la loi de 1893, il reste à voir la portée de cette disposition, si contraire au droit commun, puisqu'elle porte atteinte au principe de la liberté des conventions. Aussi a-t-il été entendu, au cours des travaux préparatoires, qu'elle serait appliquée restrictive-ment. La loi ne parlant que de la *négociabilité* des titres,

(1) BOUVIER-BANGILLON *Législation nouvelle sur les Sociétés*, p. 149 ; HOUPIN, *Journal des Sociétés civiles et commerciales*, 1894 ; VAYASSEUR, *Revue des Sociétés*, février 1895 ; GENEVOIS, *op. cit.* p. 183.

(2) D. P. 95. 2. 297.

(3) *Revue des Sociétés*, 1895, p. 218.

(4) DALLOZ, J. G. V^o Société, S. 872-2^o.

Contrà LYON-CAEN et RENAULT, t. II, 560 *bis in fine*.

on doit en conclure que seule la négociation par les voies commerciales (endossement, tradition, transfert) est interdite. La cession par les voies civiles reste permise : elle présente des garanties et est soumise à des lenteurs qui ne rendent plus à craindre les fraudes auxquelles la loi veut remédier (1). Puis la non-négociabilité des actions pendant deux ans est une telle dérogation au droit commun qu'il est impossible d'étendre par analogie le mot *négociable*, qui doit être interprété dans son sens le plus restreint. L'auteur de l'amendement, M. Poirrier, l'a d'ailleurs déclaré formellement dans la séance du Sénat du 3 juillet 1893 : « On nous a dit : mais enfin vous ne pouvez pas empêcher qu'on ne dispose d'une propriété qui est aussi respectable qu'une autre. Nous ne disons pas qu'on ne pourra pas en disposer : on pourra en disposer *par les voies civiles*. »

Les actions d'apports peuvent être vendues par autorité de justice, car tous les droits incorporels d'une personne, échus ou à terme, forment le gage de ses créanciers. Les actions immobilisées sont donc valablement l'objet de toutes mesures conservatoires ou d'exécution. Les droits de leur propriétaire sont vendus comme tous les autres droits incorporels, suivant les mêmes règles de procédure, mais l'acquéreur ne peut à son tour livrer les titres, s'il en dispose par les voies civiles, qu'après l'expiration du délai de deux ans.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, append. n° 21 bis ; GENEVOIS, p. 61 s. ; Trib. comm. Lyon, 10 juin 1897 (*Revue des Sociétés*, 1898, p. 271) ; Trib. comm. Seine, 28 septembre 1898 (*Revue des Sociétés*, 1898, p. 487 et note 4) ; Trib. civil de la Seine, 19 mai 1900 (*Revue des Sociétés*, 1901, p. 239 et note 1) et juillet 1900 (*Revue des Sociétés*, 1901, p. 85).

Une question se pose ici : les actions d'apports peuvent-elles être négociées à terme, avant l'expiration du délai, mais livrables après ? Par exemple, un fondateur a-t-il le droit, vingt-trois mois après la constitution de la société, de vendre à terme ses actions, livrables à la fin du mois suivant ? Assurément non. En effet une négociation à terme n'est valable en droit que si l'objet était négociable au moment du marché : autrement le contrat n'a pu se former et serait nul faute d'objet. Ce cas n'offre d'ailleurs qu'un intérêt théorique, les agents de change ne négocient pas en pratique des actions d'apports avant l'expiration du délai légal.

La prohibition, avons-nous dit, doit être interprétée restrictivement. Le texte ne parlant que de négociation, les actions d'apports pourront donc être données en nantissement. Un parti important dans la doctrine soutient le contraire. Nous allons voir en effet que pendant les deux ans où ces actions ne sont pas négociables, elles ne peuvent être détachées de la souche. Le gage, ne se concevant pas sans la mise en possession effective pour le créancier, serait donc impossible pour ces titres (1). Cependant, malgré l'importance de cet argument, il nous semble préférable d'admettre pour ces actions la possibilité du nantissement ; ce contrat suppose en effet la dépossession du débiteur, mais il n'est pas indispensable que le créancier détienne lui-même l'objet donné en gage. D'après l'art. 2076 du Code civil « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du

(1) LYON-CAËN et RENAULT, t. II, Append. n° 22.

créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. » Pourquoi ce tiers ne serait-il pas la société elle-même, détentrice forcée des titres ? (1) La jurisprudence et la doctrine admettent en effet généralement que le tiers détenteur n'a pas besoin d'intervenir dans l'acte de nantissement. Il suffit de le lui notifier, pour éviter qu'il se dessaisisse de l'objet donné en gage. Puisqu'on déclare l'action d'apport cessible par les voies civiles, il faut donc accorder à l'actionnaire apporteur le droit de donner ses titres en nantissement, par une constitution de gage notifiée à la société (art. 2075 C. civ.) (2).

Pour rendre les négociations d'actions d'apports impossibles en fait, la loi de 1893 ordonne que, jusqu'à l'expiration du délai de deux ans, ces titres restent attachés à la souche, et soient frappés, à la diligence des administrateurs dans les sociétés anonymes (ou des gérants dans les commandites), d'un timbre indiquant leur nature et la date de constitution de la société. Par la simple inspection de ce timbre, les tiers verront si les actions sont ou non négociables. Mais la loi n'exige pas qu'elles restent nominatives, comme celle des administrateurs, qui de plus sont frappées d'une inaliénabilité complète, même par les voies civiles.

Pendant que les actions d'apport restent à la souche, la société a-t-elle un privilège sur elles, comme sur les actions dont les administrateurs sont tenus d'être propriétaires ? Le texte n'en dit rien, et, les privilèges étant de droit étroit, la

(1) DALLOZ, J. G. v^o Société. S. n^o 1015 et la note.

(2) Cf. GENEVOIS, p. 64 s. ; Trib. civil de la Seine, 5 juillet 1900 (*Revue des Sociétés*, 1901, p. 85).

société ne peut par suite en exercer aucun sur ces titres, dont elle est simple détentrice pendant deux ans. La loi n'a pas eu pour but de créer au profit de la société un droit de nantissement. Si les apporteurs contractent des dettes envers elle, après la constitution, ou s'ils ont à lui payer des indemnités pour fraudes dans leurs apports, la société ne viendra sur leurs actions que concurremment avec les créanciers chirographaires.

Si, malgré la prohibition légale, des actions d'apports étaient négociées avant l'expiration du délai de deux ans, quel serait le sort de la négociation ? MM. Lyon-Caen et Renault (1) admettent la validité dans tous les cas. Mais il est peut-être plus exact de distinguer suivant que les titres ont été frappés ou non du timbre exigé par la loi, et de dire que dans le second cas seulement la négociation est valable, car alors les formalités légales n'ont pas été observées, et rien ne pouvait révéler aux tiers l'obstacle juridique qui s'oppose à la transmission, tandis que dans le premier cas la simple inspection des titres suffit pour les prévenir (2). Remarquons d'ailleurs que la négociation d'une action d'apport non timbrée est soumise à une sanction pénale par l'art. 14 de la loi du 24 juillet 1867, pourvu d'ailleurs qu'elle renferme les éléments constitutifs d'un délit.

La prohibition temporaire de négociation des actions d'apports s'applique-t-elle au cas de fusion de deux sociétés ? Sans doute nous avons vu que dans cette hypothèse les

(1) T. II. Append., n° 26.

(2) DALLOZ, V^b cit., S. n° 1027.

Contrà GENEVOIS, *op. cit.*, p. 72.

apports sont dispensés de la vérification par l'assemblée générale des actionnaires (1), mais les autres prescriptions légales doivent être observées. En effet, jusqu'au 9 juillet 1902, la loi n'avait pas prévu expressément ce cas, et ses règles visaient plutôt la fondation d'une société nouvelle que la fusion de deux anciennes, mais rien ne permettait de croire qu'elle eut apporté une exception, autre que la dispense de vérification, aux règles prescrites pour toutes les actions d'apports. Peut-être, en établissant la non-négociabilité qui nous occupe, la loi de 1893 n'a-t-elle pas eu en vue ce cas spécial. Mais elle y a soumis toutes « les actions représentant des apports. » C'est une règle générale. Enfin elle avait pour but d'empêcher les majorations excessives, et dans le cas de fusion les fraudes ne sont pas impossibles, l'absence de souscripteurs en numéraire et de vérification les rend même plus faciles. La négociation des actions d'apports devait donc être interdite pendant les deux années qui suivront la constitution de la nouvelle société, formée par la fusion des deux autres.

Aujourd'hui un texte est venu trancher la question. La loi du 9 juillet 1902 a fait une distinction, et décidé que les prohibitions de l'art. 3 de la loi de 1867, modifié en 1893, ne sont pas applicables au cas de fusion de deux sociétés ayant plus de deux ans d'existence. Si ces sociétés sont plus récentes, la nouvelle société qui résultera de leur fusion y sera soumise.

Enfin il arrive parfois qu'une société, après avoir fonctionné, éprouve le besoin d'augmenter son capital. Si cette

(1) *Suprà*, p. 113 s.

augmentation, depuis la loi du 1^{er} août 1893, a lieu par voie d'apports en nature, les actions qui représentent ces apports ne seront-elles pas négociables avant deux ans ? L'affirmative a été jugée (1). D'ailleurs, la Cour de Cassation, après plusieurs arrêts manifestant des tendances contradictoires (2), admet qu'en cas d'augmentation du capital toutes les prescriptions initiales pour la constitution des sociétés doivent être observées (3). Il y aurait donc lieu à vérification et à approbation des apports en nature par l'assemblée générale. Ces décisions, qui peuvent être contestables (4), s'appliquent, en ce qui concerne le sujet de cette étude, à des cas assez rares, car l'augmentation du capital, ayant d'habitude pour but de fournir des fonds à la société, se fait ordinairement par voie de souscriptions en numéraire.

(1) Tribunal civil de la Seine, 6 novembre 1895 (*Revue des Sociétés*, 1896, p. 16).

(2) Cf. arrêts des 10 février 1868 (D. P. 69. 1. 389) et 26 mai 1869 (D. P. 69. 1. 401) avec ceux des 24 mai 1869 (D. P. 69. 1. 323) et 29 juin 1869 (*Le Droit*, 1^{er} juillet 1869).

(3) Cass. civ. 21 janvier 1873 (D. P. 73. 1. 331) ; Cass. req. 5 nov. 1879 (D. P. 80. 1. 126) ; Cass. crim. 17 juillet 1885 (D. P. 86. 1. 273) ; Cass. req. 2 mai 1887 (D. P. 87. 1. 198).

(4) VAVASSEUR, t. I, n^{os} 377 et 378.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. — PRÉLIMINAIRES.....	1
II. — NOTIONS HISTORIQUES.....	3
III. — PLAN GÉNÉRAL.....	13

PREMIÈRE PARTIE

**Cas donnant lieu à l'observation des règles spéciales
aux apports en nature dans les sociétés par actions**

CHAPITRE I. — DIFFÉRENTES SORTES D'APPORTS.....	15
§ I. — Quelles choses peuvent en faire l'objet.....	15
§ II. — Droit de la société sur les apports.....	17
§ III. — Question des risques.....	24
CHAPITRE II. — AVANTAGES PARTICULIERS.....	28
§ I. — Leur caractère.....	28
§ II. — De quelques avantages particuliers spéciaux ..	30
CHAPITRE III. — PART DE FONDATEURS.....	35
§ I. — Utilité et légalité des parts.....	35
§ II. — Nature des parts. A quels titres peut-on les assimiler ?.....	38
§ III. — Emploi des parts dans les sociétés.....	43

DEUXIÈME PARTIE

Règles spéciales aux apports en nature lors de la constitution des sociétés par actions

CHAPITRE I. — LIBÉRATION INTÉGRALE DES ACTIONS REPRÉSENTANT DES APPORTS EN NATURE.....	45
CHAPITRE II. — APPRÉCIATION ET APPROBATION DES APPORTS EN NATURE DANS LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	50
§ I. — Nécessité d'une vérification.....	50
§ II. — Quels apports sont soumis à la vérification.	53
§ III. — Inconvénients de la vérification	56
§ IV. — Comment se fait la vérification	57
§ V. — Composition des assemblées générales.....	67
§ VI. — Majorités requises dans les assemblées générales.....	72
§ VII. — Quelles décisions peut prendre la seconde assemblée.....	78
1 ^o Approbation pure et simple.....	79
2 ^o Refus d'approbation.....	82
3 ^o Approbation avec modifications.....	84
§ VIII. — La seconde assemblée a un pouvoir absolu d'approbation ou de rejet.....	88
CHAPITRE III. — APPRÉCIATION ET APPROBATION DES APPORTS EN NATURE DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES.....	90
§ I. — Ordre et nombre des assemblées générales....	90
§ II. — Majorités requises dans les assemblées géné- rales.....	93
CHAPITRE IV. — FORMATION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ENTRE LES SEULS APORTEURS EN NATURE.....	104
§ I. — Constitution d'une société.....	105
§ II. — Transformation d'une société préexistante...	111
§ III. — Fusion de deux sociétés	113

CHAPITRE V. — SANCTIONS DES RÈGLES RELATIVES AUX
APPORTS EN NATURE ET AUX AVANTAGES PARTICULIERS.

DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS..... 117

§ I. — Nullité de la société..... 117

1^o De l'action en nullité..... 117

2^o Effets de la nullité entre les associés... 126

3^o Effets de la nullité à l'égard des tiers... 128

§ II. — Responsabilité civile des personnes auxquelles

l'irrégularité est imputable 131

1^o Quelles personnes sont responsables... 131

2^o Étendue de la responsabilité..... 134

3^o Durée de l'action en responsabilité..... 136

TROISIÈME PARTIE

Règles spéciales aux apports en nature après la
constitution des sociétés par actions

§ I. — Prohibition de négocier pendant deux ans les
actions d'apports..... 138

§ II. — A quels titres s'applique la prohibition..... 142

§ III. — Étendue de la prohibition 147

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

Vu :

D. DANJON.

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.

NANTES. — IMP. R. GUIST'HAU, A. DUGAS, SUCC^r, QUAI CASSARD, 5
